



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

MICHELE GRASSI

IL RICONOSCIMENTO DEGLI EFFETTI DEL GIUDICATO NELL'ARBITRATO COMMERCIALE INTERNAZIONALE



G. Giappichelli Editore



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

Studi di diritto internazionale ed europeo

La Collana “Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale” dell’Università degli Studi di Milano raccoglie monografie e altri risultati inediti di ricerche, individuali e collettive, di studiosi che svolgono attività di studio e ricerca nel Dipartimento.

Essa comprende Studi di Diritto costituzionale, di Diritto amministrativo, di Diritto internazionale ed europeo, di Diritto processuale civile, di Diritto comparato, di Storia del diritto, di Politica economica.

La qualità scientifica delle pubblicazioni è assicurata da una procedura di c.d. double blind peer review ad opera di revisori esterni.

MICHELE GRASSI

IL RICONOSCIMENTO DEGLI EFFETTI
DEL GIUDICATO NELL'ARBITRATO
COMMERCIALE INTERNAZIONALE



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-2273-4

ISBN/EAN 978-88-921-6721-6 (ebook - pdf)

Il presente volume è stato pubblicato con il contributo finanziario del Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano.



Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate

Ai miei genitori

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Abbreviazioni</i>	XV
<i>Introduzione</i>	XV
1. Necessità e scopi di uno studio in tema di riconoscimento degli effetti di giudicato nell'arbitrato commerciale internazionale	1
2. Struttura dello studio	3

CAPITOLO I

ASPETTI GENERALI DELLA TEORIA DEL GIUDICATO

1. La nozione di «res judicata»	7
1.1. Giudicato formale e giudicato sostanziale	10
1.2. Natura ed effetti della <i>res judicata</i>	11
2. I principi sottesi alla teoria della <i>res judicata</i>	14
2.1. «Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa»	15
2.2. «Interest rei publicae ut sit finis litium»	17
3. Profili problematici nella determinazione dell'oggetto e degli effetti della <i>res judicata</i>	19
3.1. L'oggetto della <i>res judicata</i> : situazione soggettiva oggetto di controversia e questioni di fatto e di diritto pregiudiziali	20
3.2. La possibile estensione degli effetti della <i>res judicata</i> alle situazioni soggettive connesse all'oggetto della controversia	24
3.3. Una scelta tra valori contrastanti	26
4. La qualificazione della <i>res judicata</i> all'interno del processo civile	28
4.1. Qualificazione della <i>res judicata</i> quale «presupposto processuale negativo»	28
4.2. Qualificazione della <i>res judicata</i> quale «rule of evidence»: efficacia di giudicato ed efficacia probatoria della decisione giudiziale	30

	<i>pag.</i>
4.3. La questione della rilevanza <i>ex officio</i> del precedente giudicato	34
5. Prime conclusioni in merito agli aspetti generali della teoria del giudicato	35

PARTE PRIMA

LA TEORIA DELLA *RES JUDICATA* NEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI STATALI

CAPITOLO II

GLI EFFETTI DI GIUDICATO DELLE SENTENZE INTERNE

1. Considerazioni introduttive	39
2. Gli elementi costitutivi del giudicato	41
2.1. Gli elementi costitutivi del giudicato negli ordinamenti di <i>civil law</i>	42
2.2. Gli elementi costitutivi del giudicato negli ordinamenti di <i>common law</i>	46
2.3. Aspetti comuni e differenze in merito agli elementi costitutivi del giudicato	48
3. I limiti oggettivi del giudicato	49
3.1. Il primo cerchio concentrico: gli effetti preclusivi nei confronti della situazione soggettiva oggetto del giudizio	51
3.1.1. L'individuazione di un denominatore comune in materia di limiti oggettivi del giudicato	52
3.1.2. L'incerta definizione della nozione di «causa petendi»	56
3.1.3. Il diverso approccio al principio del «ne bis in idem»: l'estensione dei limiti oggettivi del giudicato	62
3.2. Il secondo cerchio concentrico: gli effetti preclusivi nei confronti delle questioni di fatto e di diritto pregiudiziali	69
3.2.1. La preclusione delle questioni di fatto e di diritto negli ordinamenti di <i>civil law</i>	71
3.2.2. La preclusione delle questioni di fatto e di diritto negli ordinamenti di <i>common law</i>	76
3.2.3. Alcune considerazioni in merito alla preclusione delle questioni di fatto e di diritto	82

pag.

3.3.	Il terzo cerchio concentrico: gli effetti preclusivi nei confronti delle situazioni soggettive connesse a quanto ha formato oggetto del primo giudizio	84
3.4.	Considerazioni sintetiche sui limiti oggettivi del giudicato	87
4.	I limiti soggettivi del giudicato	89
4.1.	Il requisito dell'identità delle parti negli ordinamenti di <i>civil law</i>	90
4.2.	Il requisito dell'identità delle parti negli ordinamenti di <i>common law</i>	93
4.2.1	Il concetto di «privity» e l'estensione dei limiti soggettivi del giudicato	93
4.2.2.	Effetti della «issue estoppel» e della «issue preclusion» verso i terzi	96
5.	Considerazioni conclusive sulla disciplina nazionale dei limiti del giudicato delle sentenze statali interne	98

CAPITOLO III

GLI EFFETTI DI GIUDICATO DEL LODO ARBITRALE DOMESTICO

1.	Considerazioni introduttive	101
2.	La natura giuridica del lodo arbitrale	104
3.	La disciplina degli effetti del giudicato delle decisioni arbitrali negli ordinamenti nazionali	109
3.1.	Le decisioni arbitrali negli ordinamenti di <i>civil law</i>	109
3.2.	Le decisioni arbitrali negli ordinamenti di <i>common law</i>	113
4.	Possibili limitazioni all'estensione degli effetti di giudicato del lodo arbitrale dipendenti dalle caratteristiche proprie dell'arbitrato	115
5.	Alcune considerazioni conclusive in merito agli effetti di giudicato dei lodi arbitrali domestici	119

CAPITOLO IV

GLI EFFETTI DI GIUDICATO DELLE SENTENZE STRANIERE

1.	Il riconoscimento dell'atto giurisdizionale straniero come presupposto per la produzione degli effetti di giudicato	122
----	---	-----

	<i>pag.</i>
1.1. Metodi e procedimenti per il riconoscimento della sentenza straniera	125
1.1.1. Tecniche di recepimento della sentenza straniera: tra richiamo «internazionalprivatistico» e riconoscimento «processuale»	126
1.1.2. Modalità e procedimenti per il riconoscimento «processuale» delle sentenze straniere: delibazione e riconoscimento automatico	130
1.2. Individuazione degli atti giurisdizionali stranieri passibili di riconoscimento ...	135
1.3. ... e qualificazione della sentenza straniera riconosciuta	139
1.4. I motivi ostativi al riconoscimento delle sentenze straniere	144
1.5. Considerazioni sintetiche sulla funzione del riconoscimento delle sentenze straniere	154
2. La legge applicabile agli effetti di giudicato delle sentenze riconosciute	156
2.1. Teoria dell'assimilazione degli effetti	157
2.2. Teoria dell'estensione degli effetti	161
2.3. Teoria della doppia confinazione	168
3. Alcune considerazioni conclusive in merito agli effetti di giudicato delle sentenze straniere	172

PARTE SECONDA

IL PROBLEMA DELLA *RES JUDICATA* NELL'ARBITRATO COMMERCIALE INTERNAZIONALE

CAPITOLO V

RILEVANZA DELLE DIVERSE RAPPRESENTAZIONI DEL FENOMENO ARBITRALE PER UNO STUDIO IN TEMA DI *RES JUDICATA*

1. La nozione di «arbitrato commerciale internazionale»	178
1.1. Le definizioni di «arbitrato commerciale internazionale» suggerite dalla dottrina	179

	<i>pag.</i>
1.2. Le definizioni di «arbitrato commerciale internazionale» fornite dalle convenzioni internazionali	182
1.3. Le definizioni di «arbitrato commerciale internazionale» fornite dalle leggi arbitrali statali	184
1.4. Individuazione della nozione di «arbitrato commerciale internazionale»	186
2. Un ordinamento giuridico arbitrale?	187
2.1. Rilevanza delle diverse rappresentazioni del fenomeno arbitrale per uno studio in tema di <i>res judicata</i>	187
2.2. Le diverse rappresentazioni del fenomeno arbitrale	189
2.2.1. La tesi «territorialista»	192
2.2.2. La tesi «pluralista»	201
2.2.3. La tesi «autonomista»	207
2.3. Considerazioni in merito alle diverse rappresentazioni esaminate	214
2.3.1. Le norme applicabili al procedimento arbitrale	218
2.3.2. La sanzione legale del lodo	222

CAPITOLO VI

INADEGUATEZZA DELLE SOLUZIONI PROSPETTATE DALLA PRASSI ARBITRALE E DALLA DOTTRINA AL PROBLEMA DEL GIUDICATO NEL PROCEDIMENTO ARBITRALE

1. Il problema della <i>res judicata</i> nell'arbitrato commerciale internazionale	225
2. L'approccio alla teoria della <i>res judicata</i> nella pratica dei tribunali arbitrali	228
2.1. L'opzione a favore delle norme processuali di un ordinamento statale	230
2.2. L'applicazione dei principi della <i>res judicata</i> in assenza di un esplicito riferimento alle norme processuali di un ordinamento statale	233
2.3. La discrezionalità nell'individuazione dell'ambito di efficacia del giudicato	235
2.4. Considerazioni in merito all'approccio alla teoria della <i>res judicata</i> nella pratica dei tribunali arbitrali	237

	<i>pag.</i>
3. Le soluzioni proposte dalla dottrina in merito all'operatività della teoria della <i>res judicata</i> nell'arbitrato commerciale internazionale	238
3.1. L'approccio conflittuale e l'individuazione delle norme processuali di origine statale applicabili in materia di giudicato	241
3.2. Approccio autonomo e sviluppo di regole transnazionali in materia di giudicato	249
3.2.1. Le linee guida proposte dalla «International Law Association»	250
3.2.2. Lo sviluppo di regole transnazionali nella dottrina. In particolare, la necessità di un approccio autonomo al giudicato secondo S. Schaffstein	254
3.2.3. Criticità nell'adozione di un approccio autonomo in materia di giudicato	258
4. Alcune considerazioni conclusive in merito alle soluzioni prospettate dalla prassi arbitrale e dalla dottrina al problema del riconoscimento degli effetti di giudicato nel procedimento arbitrale	264

CAPITOLO VII

RICOSTRUZIONE DEGLI EFFETTI DEL GIUDICATO NEL PROCEDIMENTO ARBITRALE: TRA GIURISDIZIONE DEL TRIBUNALE E AMMISSIBILITÀ DELLA DOMANDA

1. Qualificazione delle questioni sollevate dall'invocazione di una precedente decisione nel procedimento arbitrale	267
2. La soluzione delle questioni di giudicato che sottendono una contestazione della giurisdizione del tribunale arbitrale	269
3. La soluzione delle questioni di giudicato che rilevano ai fini dell'ammissibilità o di fondatezza nel merito della domanda e delle eccezioni	275
3.1. Possibili conseguenze di una «errata» applicazione della teoria della <i>res judicata</i>	276
3.2. Autonomia privata e scelta della legge applicabile alle questioni di giudicato	279
3.3. Il riconoscimento delle decisioni nel procedimento arbitrale	282
3.4. Possibilità di adottare un approccio differenziato per la soluzione delle problematiche sollevate dal giudicato in arbitrato	286

	<i>pag.</i>
3.4.1. L'effetto di <i>res judicata</i> delle sentenze statali	292
3.4.2. L'effetto di <i>res judicata</i> dei lodi arbitrali	293
<i>Conclusioni</i>	297
<i>Indice delle decisioni</i>	303
<i>Indice degli Autori e delle Autrici</i>	311

ABBREVIAZIONI

<i>AcP</i>	Archiv für die civilistische Praxis
<i>AEDIPR</i>	Anuario Español de Derecho Internacional Privado
<i>African J. Intl. Com. L.</i>	African Journal of International and Comparative Law
<i>Am. J. Com. L.</i>	American Journal of Comparative Law
<i>Am. J. Intl. L.</i>	American Journal of International Law
<i>Alabama L. Rev.</i>	Alabama Law Review
<i>American J. Juris.</i>	American Journal of Jurisprudence
<i>American Rev. Intl. Arb.</i>	American Review of International Arbitration
<i>Arb. Intl.</i>	Arbitration International
<i>Arbitraje</i>	Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones
<i>Asia Arb. J.</i>	Asia Arbitration Journal
<i>Buffalo L. Rev.</i>	Buffalo Law Review
<i>Bull. Civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation Chambres civiles
<i>BYIL</i>	British Yearbook of International Law
<i>Cahiers Arb.</i>	Cahiers de l'Arbitrage
<i>California L. Rev.</i>	California Law Review
<i>Cardozo J. Intl. Comp. L.</i>	Cardozo Journal of International and Comparative Law
<i>Chicago-Kent L. Rev.</i>	Chicago-Kent Law Review
<i>CJQ</i>	Civil Justice Quarterly
<i>Cleveland State L. Rev.</i>	Cleveland State Law Review
<i>Columbia J. Trans. L.</i>	Columbia Journal of Transnational Law
<i>Common Market L. Rev.</i>	Common Market Law Review

<i>Cont. Asia Arb. Jour.</i>	Contemporary Asia Arbitration Journal
<i>Contr impr/Eur</i>	Contratto e impresa/Europa
<i>Cornell L. R.</i>	Cornell Law Review
<i>D.</i>	Corpus Iuris Civilis - Digestus
<i>Danno resp.</i>	Danno e responsabilità
<i>Digesto priv.</i>	Digesto discipline privatistiche
<i>Dir. comm. int.</i>	Diritto del commercio internazionale
<i>Dir. giust.</i>	Diritto & Giustizia
<i>DUDI</i>	Diritti umani e diritto internazionale
<i>Eur. L. Rev.</i>	European Law Review
<i>Eur. Rev. Priv. L.</i>	European Review of Private Law
<i>Europa dir. priv.</i>	Europa e diritto privato
<i>Florida J. Intl. L.</i>	Florida Journal of International Law
<i>Foro it.</i>	Foro italiano
<i>Giur. arb.</i>	Giurisprudenza arbitrale
<i>Giur. It.</i>	Giurisprudenza italiana
<i>Giust. Civ.</i>	Giustizia civile
<i>Giust. civ. Mass.</i>	Giustizia civile – Massimario annotato della Cassazione
<i>Georgia J. Intl. Comp. Law</i>	Georgia Journal of International and Comparative Law
<i>Georgia L. J.</i>	Georgia Law Journal
<i>Harvard L. Rev.</i>	Harvard Law Review
<i>Human Rights Q.</i>	Human Rights Quarterly
<i>Human Rights L. Rev.</i>	Human Rights Law Review
<i>Indian J. Arb. L.</i>	Indian Journal of Arbitration Law
<i>Intl. Arbitration L. Rev.</i>	International Arbitration Law Review
<i>Intl. L. Materials</i>	International Legal Materials
<i>Intl. Tax B. Lawyer</i>	International Tax & Business Lawyer
<i>Iowa L. Rev.</i>	Iowa Law Review
<i>IPRax</i>	Praxis des Internationalen Privat - und Verfahrensrechts
<i>Italian L. Jour.</i>	Italian Law Journal
<i>J. Intl. Arb.</i>	Journal of International Arbitration

<i>J. Intl. Dispute Settlement</i>	Journal of International Dispute Settlement
<i>J. Law Comm.</i>	Journal of Law and Commerce
<i>JLS</i>	Journal of Legal Studies
<i>JCP</i>	Juris-Classeur périodique
<i>Jour. Dr. Int.</i>	Journal du droit international
<i>J. Priv. Intl. L.</i>	Journal of Private International Law
<i>Jus</i>	Jus – Rivista di scienze giuridiche
<i>JZ</i>	Juristenzeitung
<i>Louisiana L. Rev.</i>	Louisiana Law Review
<i>LQR</i>	Law Quarterly Review
<i>McGill Law Jour.</i>	McGill Law Journal
<i>Minnesota Jour. Intl. Law</i>	Minnesota Journal of International Law
<i>Modern L. Rev.</i>	Modern Law Review
<i>NIPR</i>	Nederlands Internationaal Privaatrecht
<i>Northwestern Jour. Intl. L. B.</i>	Northwestern Journal of International Law & Business
<i>Northwestern Un. Law Rev.</i>	Northwestern University Law Review
<i>Nuova giur. civ. comm.</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>Nuove leggi civ. comm.</i>	Nuove leggi civili commentate
<i>Oss. dir. civ. comm.</i>	Osservatorio del diritto civile e commerciale
<i>PYBIL</i>	Polish Yearbook of International Law
<i>RabelsZ</i>	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
<i>RCDIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. dr. int. lég. Comp.</i>	Revue de droit international et législation comparée
<i>Recueil D.</i>	Recueil Dalloz
<i>Recueil des Cours</i>	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye
<i>Resp. civ. prev.</i>	Responsabilità civile e previdenza
<i>Rev. arb.</i>	Revue de l'Arbitrage
<i>Rev. Bras. Arb.</i>	Revista Brasileira de Arbitragem
<i>Rev. Club Esp. Arb.</i>	Revista del Club Español del Arbitraje
<i>Riv. arb.</i>	Rivista dell'arbitrato

XVIII IL GIUDICATO NELL'ARBITRATO COMMERCIALE INTERNAZIONALE

<i>Riv. dir. civ.</i>	Rivista di diritto civile
<i>Riv. dir. proc.</i>	Rivista di diritto processuale
<i>Riv. dir. int.</i>	Rivista di diritto internazionale
<i>Riv. it. dir. int. priv. proc.</i>	Rivista italiana di diritto internazionale privato e processuale
<i>Riv. dir. int. priv. proc.</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>Riv. trim. dir. proc. civ.</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>Rev. trim. dr. civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>Rutgers U. Law Rev.</i>	Rutgers University Law Review
<i>Santa Clara L. Rev.</i>	Santa Clara Law Review
<i>Sem. jur., éd. G</i>	La Semaine Juridique – Edition Générale
<i>South. California L. Rev.</i>	Southern California Law Review
<i>Spanish YBIL</i>	Spanish Yearbook of International Law
<i>Stanford Law Rev.</i>	Stanford Law Review
<i>Texas Intl. Law Rev.</i>	Texas International Law Review
<i>Tulane Law Rev.</i>	Tulane Law Review
<i>UCLA Law Rev.</i>	UCLA Law Review
<i>Wisconsin L. Rev.</i>	Wisconsin Law Review

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Necessità e scopi di uno studio in tema di riconoscimento degli effetti di giudicato nell'arbitrato commerciale internazionale. – 2. Struttura dello studio.

1. Necessità e scopi di uno studio in tema di riconoscimento degli effetti di giudicato nell'arbitrato commerciale internazionale

Il presente studio si propone di indagare il funzionamento della teoria della *res judicata* nel contesto dell'arbitrato commerciale internazionale e, dunque, il riconoscimento all'interno della procedura arbitrale dell'efficacia conformativa e preclusiva delle decisioni assunte da un diverso giudice o collegio arbitrale.

Già nell'ambito del contenzioso giudiziale nazionale la determinazione dei confini entro cui si producono gli effetti del giudicato solleva problematiche di non facile soluzione, che da tempo impegnano la scienza processualista. Da un lato, infatti, la definizione della teoria della *res judicata* si deve misurare con questioni teoriche di particolare complessità, in buona misura riferibili alle incertezze che accompagnano la delimitazione dell'oggetto del giudizio, se non – più in generale – la natura stessa del processo civile. Dall'altro lato, la soluzione delle intricate problematiche in tema di giudicato comporta conseguenze pratiche d'indubbio rilievo che hanno stimolato, fin dai tempi più remoti, l'interesse degli interpreti e degli operatori del diritto.

Peraltro, non appena si allarghi lo sguardo ponendosi in una prospettiva transnazionale, ci si accorge di come alle difficoltà che già caratterizzano la definizione dei contorni del giudicato a livello nazionale si sommino numerose variabili, che contribuiscono a complicare ulteriormente

il quadro. In primo luogo, occorre prendere atto che la disciplina particolare in materia di limiti ed effetti della cosa giudicata varia anche in misura considerevole da un ordinamento all'altro. Da ciò consegue che, ogniqualvolta si intendano far valere gli effetti di una decisione giudiziale al di fuori dello Stato in cui essa è stata resa (comunemente denominato come «Stato di origine»), sorge il problema di individuare la legge applicabile in punto di giudicato. In linea teorica, infatti, nello Stato in cui è chiesto il riconoscimento, gli effetti del giudicato potrebbero essere disciplinati tanto dalla legge del foro quanto dalla legge dell'ordinamento d'origine della sentenza straniera (se non, come si vedrà, da una combinazione delle due discipline).

Quando, poi, s'intenda considerare l'operatività del principio della *res judicata* nel contesto dell'arbitrato commerciale internazionale – oggetto precipuo del presente studio – alle complessità appena illustrate si aggiungono le naturali incertezze che caratterizzano tale mezzo di risoluzione delle controversie e che rendono ancor più ardua l'individuazione delle norme applicabili al giudicato.

Come avremo modo di constatare, l'esame della pratica dei tribunali arbitrali non restituisce un quadro chiaro circa il funzionamento della teoria della *res judicata* nel contesto arbitrale. Allo stesso modo, le diverse teorie sviluppate nel corso degli anni dalla dottrina prestano il fianco a numerose critiche. Vedremo, infatti, come tali tesi suggeriscano un approccio che molto spesso si risolve in un sostanziale appiattimento sulle regole in vigore negli ordinamenti di *common law*, con risultati a tratti paradossali. Peraltro, sulla scorta di una rappresentazione del fenomeno arbitrale per certi versi opinabile, le teorie elaborate dalla dottrina trascurano quasi del tutto le questioni che normalmente accompagnano l'individuazione della disciplina applicabile al giudicato a livello transnazionale, adottando nei fatti un approccio di stampo prettamente nazionalista, che mal si concilia con le esigenze di flessibilità e armonia che caratterizzano l'arbitrato commerciale internazionale.

Appare dunque necessario procedere a una riconsiderazione della tematica in oggetto, così da individuare l'approccio più soddisfacente al problema del riconoscimento degli effetti del giudicato nel contesto arbitrale.

A tal fine, per impostare il discorso su solide basi, è imprescindibile

considerare le specificità delle differenti discipline processuali nazionali in punto di giudicato, nonché le tecniche di diritto processuale civile internazionale che mirano a un coordinamento tra tali discipline. Allo stesso modo, si rende anche necessario chiarire da quale tra le differenti rappresentazioni del fenomeno arbitrale prende le mosse la ricostruzione proposta nel presente studio.

2. *Struttura dello studio*

Alla luce di quanto appena osservato, lo studio del giudicato nel contesto dell'arbitrato commerciale internazionale si articolerà in due parti. Nella prima parte si esaminerà la teoria della *res judicata* nella prospettiva degli ordinamenti nazionali, avendo riguardo tanto alla disciplina interna in materia di giudicato, quanto alle regole di diritto processuale civile internazionale in punto di riconoscimento ed estensione degli effetti delle decisioni straniere. Nella seconda parte, invece, si considereranno più nel dettaglio le problematiche relative all'individuazione di una disciplina dell'autorità della cosa giudicata nell'arbitrato commerciale internazionale.

Nel capitolo I si delimiterà il campo d'indagine, precisando cosa si intenda con la nozione «*res judicata*» ed esaminando i principi sottesi alla teoria in parola e la funzione che questa è chiamata a svolgere all'interno del processo. In tal modo si potrà prendere contezza di come la specifica regolamentazione del giudicato dipenda, in buona sostanza, da un bilanciamento tra valori e principi differenti (e spesso in tensione tra di loro), quali, nello specifico, le esigenze di economia processuale e di certezza delle situazioni giuridiche, da un lato, e la tutela del diritto di azione e di difesa e il rispetto del principio dispositivo, dall'altro.

Nel capitolo II, in apertura della prima parte, si esamineranno in chiave comparatistica le soluzioni accolte a livello nazionale in materia di estensione oggettiva e soggettiva degli effetti prodotti dalle decisioni rese dai giudici statali; tale analisi permetterà di apprezzare come ogni ordinamento giuridico definisca in modo diverso il punto di equilibrio tra le esigenze sopra richiamate e, di conseguenza, attribuisca al giudicato un differente ambito di efficacia. L'analisi in oggetto si concentrerà principalmente su-

gli ordinamenti italiano, tedesco, francese¹, inglese e statunitense².

La scelta di tali ordinamenti si giustifica in ragione di una serie di considerazioni. Anzitutto, essa si fonda sulla necessità di prendere in esame tanto ordinamenti di *civil law* quanto ordinamenti di *common law*. È, infatti, pacifico che, sebbene anche tra gli ordinamenti appartenenti alla medesima famiglia giuridica non sia dato riscontrare un'uniformità di disciplina in materia di giudicato, tra i sistemi di tradizione continentale e i sistemi di tradizione anglosassone le differenze risultano particolarmente marcate³. In secondo luogo, negli ordinamenti presi in considerazione la teoria della *res judicata* è stata oggetto di notevole attenzione tanto nella

¹ Nell'analisi degli ordinamenti appena indicati non mancheranno, peraltro, riferimenti alla disciplina del giudicato accolta dall'ordinamento svizzero.

² È bene precisare fin da subito che l'intenzione iniziale di offrire un'analisi dettagliata della dottrina della *res judicata* nell'ordinamento americano si è dovuta misurare con le difficoltà sistematiche derivanti dalla frammentarietà di tale sistema. Negli Stati Uniti d'America, infatti, la disciplina del giudicato deriva, perlopiù, dalla giurisprudenza delle corti statali; queste ultime nella maggior parte dei casi qualificano la regudicata quale materia di diritto sostanziale e, dunque, applicano la legge dei loro rispettivi Stati. Il discorso è ancor più complicato laddove si vogliano considerare gli effetti delle decisioni rese dalle corti statali in eventuali successivi procedimenti federali (e viceversa). Ciò non ha impedito all'*American Law Institute* di condurre uno studio in materia di *res judicata* e di redigere il *Restatement of the Law (Second) of Judgments*, 1985 (anche solo «Restatement (Second) of Judgments»). Sebbene, come noto, i *Restatement of the Law* non presentino alcuna valenza giuridica vincolante, trattandosi del risultato di studi condotti da un'associazione privata allo scopo di facilitare la conoscenza dei principi generali del *common law*, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha considerato a più riprese il *Restatement (Second) Judgments* quale fonte autorevole del diritto in tema di regudicata (cfr. R. FREER, *Civil Procedure*, Wolters Kluwer, 2009², p. 532). Pertanto, è principalmente a tale fonte che si farà riferimento nell'esame della teoria del giudicato nell'ordinamento federale degli Stati Uniti d'America.

³ A. ZEUNER, H. KOCH, *Effects of Judgments*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVI, *Civil Procedure*, Leiden, 2012, p. 23 ss.; G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, The Hague, 2014², p. 3734; K. HOBÉR, *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*, in *Recueil des Cours*, 366, 2014, p. 127; S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, Oxford, 2016, p. 15; S. BREKOULAKIS, *The Effect of an Arbitral Award and Third Parties in International Arbitration: Res Judicata Revisited*, in *American Rev. Intl. Arb.*, 17, 2005, p. 182.

prassi giudiziale quanto nella letteratura giuridica; ciò ha permesso lo sviluppo di una disciplina del giudicato che, seppur non scevra di talune zone d'ombra, appare sicuramente articolata e perlopiù coerente, quantomeno nei suoi tratti essenziali.

Nei capitoli seguenti, si aggiungeranno gradualmente le diverse variabili che contribuiscono a complicare la soluzione delle problematiche connesse all'operatività della teoria del giudicato.

In particolare, nel capitolo III si considereranno gli effetti attribuiti dalle leggi arbitrali degli ordinamenti nazionali presi in esame ai lodi resi sul territorio dello Stato. In tale sede si vedrà come, in linea di principio, gli ordinamenti statali riconoscano una generale analogia – se non già una piena identità – di effetti tra la decisione arbitrale resa sul territorio nazionale e la sentenza statale.

Nel capitolo IV si prenderanno in esame le problematiche che emergono nella determinazione dell'ambito di efficacia delle decisioni straniere. Laddove una parte intenda far valere gli effetti di un provvedimento giurisdizionale al di fuori dei confini dell'ordinamento da cui esso promana, la disciplina sul giudicato accolta nello Stato ricevente potrebbe differire dalla disciplina sul giudicato dell'ordinamento di origine. In tali ipotesi sorge, pertanto, un problema di «conflitto di leggi»: in linea teorica, infatti, potrebbero trovare applicazione tanto le regole dell'ordinamento d'origine della decisione, quanto quelle dell'ordinamento in cui la sentenza è chiamata a produrre i suoi effetti, ovvero entrambe le discipline congiuntamente, nei modi e nei limiti di cui si dirà. In tale capitolo si considereranno, quindi, le modalità e i presupposti affinché un atto giurisdizionale straniero possa essere ritenuto idoneo a produrre effetti in un diverso ordinamento, nonché le diverse tecniche di coordinamento tra la disciplina del giudicato dello Stato di origine e dello Stato in cui è chiesto il riconoscimento.

Nella seconda parte si studierà la teoria del giudicato nella prospettiva dell'arbitrato commerciale internazionale. Più nello specifico, nel capitolo V si individuerà una nozione di «arbitrato commerciale internazionale» e si prenderanno in considerazione le caratteristiche essenziali che contraddistinguono tale mezzo di risoluzione delle controversie, soffermandosi in particolare sulle possibili rappresentazioni del fenomeno arbitrale e sulle conseguenze che l'adesione ai diversi modelli teorici presi in esame potrebb-

be produrre con riferimento alla definizione degli effetti del giudicato nel procedimento arbitrale.

Nel capitolo VI, si affronterà più nello specifico il problema del funzionamento della teoria della *res judicata* nell'arbitrato commerciale internazionale considerando le soluzioni proposte dalla prassi arbitrale e dalla letteratura giuridica sul punto. In particolare, si vedrà come dall'esame della pratica arbitrale non sia possibile ricavare un insieme coerente di principi utili a individuare le regole applicabili al giudicato. Allo stesso modo, si esamineranno i diversi (e difficilmente trascurabili) profili di criticità che presentano i differenti approcci proposti dalla dottrina.

Infine, nel VII e ultimo capitolo si tenterà di individuare una possibile soluzione alle complesse problematiche che emergono nel riconoscimento e nella determinazione degli effetti conclusivi e preclusivi delle decisioni fatte valere nel contesto arbitrale.

CAPITOLO I

ASPETTI GENERALI DELLA TEORIA DEL GIUDICATO

SOMMARIO: 1. La nozione di «*res judicata*». – 1.1. Giudicato formale e giudicato sostanziale. – 1.2. Natura ed effetti della *res judicata*. – 2. I principi sottesi alla teoria della *res judicata*. – 2.1. «*Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*». – 2.2. «*Interest rei publicae ut sit finis litium*». – 3. Profili problematici nella determinazione dell'oggetto e degli effetti della *res judicata*. – 3.1. L'oggetto della *res judicata*: situazione soggettiva oggetto di controversia e questioni di fatto e di diritto pregiudiziali. – 3.2. La possibile estensione degli effetti della *res judicata* alle situazioni soggettive connesse all'oggetto della controversia. – 3.3. Una scelta tra valori contrastanti. – 4. La qualificazione della *res judicata* all'interno del processo civile. – 4.1. Qualificazione della *res judicata* quale «presupposto processuale negativo». – 4.2. Qualificazione della *res judicata* quale «*rule of evidence*»: efficacia di giudicato ed efficacia probatoria della decisione giudiziale. – 4.3. La questione della rilevanza *ex officio* del precedente giudicato. – 5. Prime conclusioni in merito agli aspetti generali della teoria del giudicato.

1. *La nozione di «res judicata»*

L'espressione latina «*res judicata*» – parte del più ampio brocardo «*res judicata pro veritate habetur*»¹ – indica il principio secondo cui la decisione resa dall'organo giurisdizionale competente fa stato tra le parti e preclude ogni futuro procedimento che interessi la materia del contende-

¹ L'espressione si ritrova in un frammento riportato nel Digesto, cfr. D. XLII, 5. Sempre nel libro XLII del Digesto sono riportati i seguenti brocardi: «*Res judicata dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit*» e «*Res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat*».

re oggetto del primo procedimento. In virtù del principio della «cosa giudicata» – o, più brevemente, del «giudicato» – la statuizione contenuta nel provvedimento decisorio assume i caratteri di incontestabilità e vincolatività, ponendo fine una volta per tutte alla controversia.

Un simile effetto è considerato, a buona ragione, elemento essenziale di ogni sistema di risoluzione delle controversie². L'autorità della cosa giudicata è, infatti, riconosciuta dalla generalità degli ordinamenti giuridici statali e può essere considerata quale attributo necessario e irrinunciabile delle decisioni assunte nell'esercizio dell'attività giurisdizionale, tanto a livello nazionale³ quanto a livello internazionale⁴.

² A. ZEUNER, H. KOCH, *Effects of Judgments*, cit., p. 4; R.L. MARCUS, M.H. REDISH, E.F. SHERMAN, *Civil Procedure. A Modern Approach*, Eagan, 2008⁴, p. 1092.

³ A.C. FREEMAN, *A Treatise of the Law of Judgments*, vol. II, Clark, 1925⁵ (ristampa del 1993), p. 1321, secondo cui «The doctrine of res judicata is a principle of universal jurisprudence, forming part of the legal systems of all civilized nations»; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, in *Digesto priv.*, vol. XVI, Torino, 1999, p. 404; P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, Oxford, 2001, pp. 8-9; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 2002, pp. 7-8. Secondo la Corte EDU, peraltro, la definitività e vincolatività delle decisioni rese dagli organi giurisdizionali costituisce un elemento fondamentale dello stato di diritto, cfr. sentenza della Corte EDU, 28 ottobre 1999, *Brumărescu v Romania*, ric. n. 28342/95, in *Recueil des arrêts et décisions* 1999-VII, punto 61.

⁴ Si ritiene pacificamente che la teoria della *res judicata* costituisca principio generale di diritto, ai sensi dell'art. 38(1) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia e risulti, quindi, applicabile anche alle decisioni rese da organi giurisdizionali internazionali. Cfr. Corte Internazionale di Giustizia, *Nicaragua v. Colombia*, *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast*, sentenza sulle questioni preliminari del 17 marzo 2016, par. 55 ss.; Corte Internazionale di Giustizia, *Bosnia ed Erzegovina v. Serbia e Montenegro*, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, sentenza del 26 febbraio 2007, parr. 114-120; Corte Internazionale di Giustizia, *Cameroon v. Nigeria*, *Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, sentenza del 25 marzo 1999, par. 12; Corte Internazionale di Giustizia, *Regno Unito v. Albania*, *Corfu Channel – Assessment of Amount of Compensation*, sentenza del 15 dicembre 1949; B. CHENG, *General Principles of Law*, London, 1953, (ristampa del 1987, per i tipi di Grotius Publications Ltd.), pp. 336 e 338; B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue, and Class Actions*, Alphen aan den Rijn, 2006, p. 240; N. GALLAGHER, *Parallel Proceedings, Res Judicata and Lis Pendens: Problems and Possible Solutions*, in J.D.M. LEW, L.A. MISTELIS (a cura di), *Pervasive Problems in International Arbitration*, Alphen aan den Rijn,

Riprendendo la metafora di antica memoria del «contratto sociale», la teoria in esame è stata rappresentata come necessaria contropartita della rinuncia alla vendetta privata. Se ciascun consociato rinuncia a farsi giustizia da sé, rimettendo allo Stato il potere di risolvere le controversie che potrebbero sorgere nelle relazioni con gli altri consociati, lo stesso Stato deve fornire un'efficace tutela giurisdizionale al privato e, segnatamente, garantire la stabilità di tale protezione impedendo che la controversia si protragga all'infinito⁵.

La possibilità di riproporre senza limitazioni di sorta la stessa domanda giudiziale già decisa in un precedente giudizio minerebbe alla radice la *raison d'être* stessa del processo civile che è, per l'appunto, quella di risolvere e definire le controversie di natura privata. Suggestivo, a questo proposito, quanto affermato da Lord Simon in un passaggio della decisione nel caso *Amphill Peerage*: «Important though the issues may be, how extensive so ever the evidence, whatever the eagerness for further fray; society says: "We have provided courts in which your rival contentions have been heard. We have provided a code of law by which they have been adjudged. Since judges are fallible human beings, we have provided appellate courts which do their own fallible best to correct errors. But in the end you must accept what has been decided. Enough is enough". And the law echoes: "*res judicata*, the matter is adjudged". [...] The clamouring voices must be stilled, the bitter waters of civil contention must be allowed to subside»⁶.

Ciò detto, sebbene la teoria in esame non possa dirsi estranea ad alcun ordinamento, molto spesso il consenso non si spinge oltre una generica accettazione del giudicato quale principio generale di diritto. Nella realtà dei fatti vi è una marcata differenza nel modo in cui i diversi ordinamenti si approcciano al tema della *res judicata*; differenza che non interessa soltanto la disciplina specifica degli effetti del giudicato⁷, ma si estende, altresì, alla

2006, p. 335; S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit., p. 12; Z. CRESPI REGHIZZI, *L'intervento come «non parte» nel processo davanti alla Corte Internazionale di Giustizia*, Milano, 2017, p. 11 ss.

⁵ C. CHAINAIS, *L'autorité de la chose jugée en procédure civile: perspectives de droit compare*, in *Rev. arb.*, 2016, pp. 4-5.

⁶ *Amphill Peerage Case*, [1977] AC 547, parr. 575-576.

⁷ Cfr. *infra*, capitolo II.

funzione che la teoria in esame è chiamata a svolgere all'interno del processo civile⁸. Come si avrà modo di apprezzare, tali diversità si riscontrano in modo più marcato tra gli ordinamenti di *civil law* e gli ordinamenti di *common law*.

Benché l'eterogeneità delle soluzioni accolte a livello nazionale con riferimento agli effetti del giudicato restituisca un quadro estremamente frammentato, non è inutile identificare i tratti essenziali della nozione di *res judicata*.

1.1. *Giudicato formale e giudicato sostanziale*

In diversi ordinamenti, tra cui anche in quello italiano, si usa distinguere tra «giudicato formale» e «giudicato sostanziale»⁹. La nozione di «giudicato formale» individua il momento in cui il provvedimento giurisdizionale, non essendo più soggetto ai mezzi d'impugnazione ordinari, diviene inoppugnabile e, per l'effetto, acquisisce valore di giudicato («transit in rem iudicatam»). La nozione di «giudicato sostanziale» individua, invece, gli effetti di *res judicata* del provvedimento stesso; effetti che, per il momento, potremo genericamente riassumere nei caratteri d'incontestabilità e vincolatività dell'accertamento delle relazioni intersoggettive contenuto nella decisione passata in giudicato.

Come osservato da attenta dottrina, sebbene si tratti di istituti distinti, essi debbono considerarsi complementari. Negli ordinamenti che contemplano una distinzione tra tali concetti, infatti, il giudicato formale è il presupposto del giudicato sostanziale¹⁰: può avere effetti di giudicato (sostanziale) solo il provvedimento che sia passato in giudicato (formale)¹¹.

⁸ C. CHAINAIS, *L'autorité de la chose jugée en procédure civile: perspectives de droit comparé*, cit., p. 30, in particolare nota 75. Il tema sarà meglio approfondito nei successivi paragrafi e nel capitolo II.

⁹ A. ZEUNER, H. KOCH, *Effects of Judgments*, cit., p. 4. A mero titolo esemplificativo e senza pretesa di esaustività, una simile distinzione è presente anche nell'ordinamento tedesco (*formelle Rechtskraft/materielle Rechtskraft*), spagnolo (*cosa juzgada formal/cosa juzgada material*) e svedese (*laga kraft/rättskraft*).

¹⁰ S. MENCHINI, A. MOTTO, *Art. 2909 – Cosa giudicata*, in E. GABRIELLI (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Torino, 2015, p. 31.

¹¹ Tanto premesso, salva espressa indicazione contraria, nel presente studio ogni im-

Allo stesso modo, tuttavia, non avrebbe senso parlare di giudicato formale se, ferma restando la non modificabilità del provvedimento giurisdizionale, il suo contenuto potrebbe essere rimesso in discussione e venire contraddetto in un diverso e successivo procedimento giudiziale¹².

Mette conto osservare, peraltro, come la nozione di giudicato formale appartenga al mondo del diritto positivo; sul piano teorico nulla impedisce, infatti, che una decisione ancora passibile di gravame produca fin da subito gli effetti del giudicato sostanziale e che tali effetti siano poi sospesi laddove il provvedimento decisorio sia effettivamente impugnato¹³.

1.2. *Natura ed effetti della res judicata*

Come detto, la decisione che ha valore di cosa giudicata fa stato tra le parti e impedisce la riproposizione della medesima domanda in un successivo procedimento. La dottrina si è a lungo interrogata sulla natura *sostanziale* ovvero *processuale* della regiudicata. In particolare, ci si è chiesti se il giudicato operi nel mondo del diritto materiale, cristallizzando o modificando i rapporti giuridici intersoggettivi oggetto di decisione, a seconda della natura dichiarativa o costitutiva dell'accertamento, o se, al contrario, esso si esaurisca nella formazione di un vincolo processuale per le parti e per il giudice.

Sulla scorta di quanto sostenuto dalla dottrina, l'alternativa ci pare mal posta e potenzialmente fuorviante¹⁴. La teoria della *res judicata* rileva, infatti, tanto sul piano del diritto materiale che sul piano del diritto processuale e le rispettive connotazioni si pongono in un rapporto di stretta interdipendenza, dimodoché una rigida separazione tra le stesse risulterebbe in ultima analisi artificiosa e poco utile a una corretta comprensione del fenomeno in esame.

Da un lato, infatti, il pronunciamento contenuto nel provvedimento

piego del termine «giudicato» dovrà intendersi come riferito alla nozione di «giudicato sostanziale».

¹² S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, cit., p. 408.

¹³ È questo il caso dell'ordinamento francese. Cfr. A. ZEUNER, H. KOCH, *Effects of Judgments*, cit., p. 6.

¹⁴ S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, cit., p. 412.

giurisdizionale definisce e determina la relazione giuridica in essere tra le parti e oggetto del contenzioso. In altre parole, la decisione giudiziale stabilisce la volontà della legge per il caso concreto e, pertanto, incide sul piano giuridico sostanziale confermando o modificando la situazione soggettiva oggetto della controversia. In particolare, laddove il giudicato abbia natura dichiarativa, il suo effetto sarà semplicemente quello di consolidare e cristallizzare la situazione giuridica già esistente in forza della volontà astratta della legge, riconoscendo in via definitiva i diritti soggettivi oggetto di contestazione. La relazione intercorrente tra le parti, di per sé, non subisce alcuna modificazione sostanziale; tuttavia, per effetto del giudicato, essa acquisisce una maggiore stabilità, poiché l'esistenza (ovvero l'inesistenza) dei diritti contesi è definitivamente consacrata dal provvedimento giurisdizionale passato in giudicato e, pertanto, non potrà più essere questionata in successivi procedimenti¹⁵. Laddove, invece, il giudicato abbia natura costitutiva ovvero di condanna, il pronunciamento del giudice modifica sul piano sostanziale la relazione giuridica intercorrente tra le parti¹⁶.

¹⁵ Cfr. A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1999³, p. 441, secondo cui, «l'accertamento giudiziario è la dichiarazione di quella che è l'astratta volontà della legge nel caso concreto, in altre parole, è la reiterazione – rispetto a una data situazione – della disciplina che di essa la legge ha dettato in via astratta e generale ... Dunque l'accertamento si pone come *nuova fonte dell'effetto giuridico previsto dalla legge* e, di conseguenza, l'efficacia d'accertamento di una decisione si manifesta nel fatto che da questa discenderà un effetto identico a quello che è stato dichiarato esistente e che la legge prevedeva in via generale e astratta ... con la conseguenza che l'obbligo di ritenere esistente il diritto accertato che sorgerebbe dal comando d'accertamento per il giudice che l'ha compiuto e per i futuri giudici sarebbe chiaramente identico a quello che su detti giudici già grava in forza dell'astratta volontà di legge», enfasi aggiunta; cfr. anche A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti: studi*, Napoli, 2003, p. 296; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 2017¹¹, p. 118 ss.; A. ZEUNER, H. KOCH, *Effects of Judgments*, cit., p. 11.

¹⁶ Ciò vale anche nel caso in cui il provvedimento abbia natura dichiarativa, ma il giudice sia incorso in errore nell'accertamento della situazione giuridica intersoggettiva (e tale errore non sia stato sanato con gli ordinari mezzi di gravame). In tal caso, nei fatti, si avrà una modificazione della situazione soggettiva che è oggetto della pronuncia, giacché solo il contenuto dell'accertamento giudiziale avrà rilievo sul piano del diritto materiale, secondo il brocardo latino: «res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat».

Ciò, tuttavia, non è sufficiente a descrivere il funzionamento del giudicato. In aggiunta alla modificazione o cristallizzazione della situazione soggettiva sostanziale, la regiudicata produce, infatti, anche un vincolo di natura processuale. Se così non fosse e ci si contentasse delle conseguenze prodotte nel mondo del diritto materiale appena descritte, il secondo giudice sarebbe comunque tenuto a decidere nel merito della controversia, accertando (nuovamente) la situazione soggettiva già oggetto di pronuncia, nel rispetto del vincolo sostanziale creato dal precedente giudicato¹⁷. Allo stesso tempo, tuttavia, i vincoli processuali prodotti dal giudicato si giustificano e trovano il loro fondamento logico e giuridico nella cristallizzazione o modificazione delle relazioni giuridiche intersoggettive operata sul piano sostanziale dall'accertamento giudiziale.

Venendo ora alle conseguenze specifiche prodotte dalla *res judicata*, esse sono generalmente classificabili nelle categorie degli effetti negativi (o preclusivi) e degli effetti positivi (o conclusivi/conformativi) del giudicato.

Per quanto riguarda gli effetti negativi o preclusivi, la formazione del giudicato impedisce lo svolgimento di un nuovo giudizio avente a oggetto (anche solo parzialmente) la medesima pretesa giuridica, nel senso che preciseremo meglio più sotto. In altre parole, il giudicato preclude la riproposizione della stessa domanda in un successivo procedimento tra le stesse parti («ne bis in idem»): ciò che è stato deciso non può più essere messo in discussione in sede contenziosa.

Per quanto, invece, concerne gli effetti positivi o conclusivi del giudicato, nei procedimenti aventi a oggetto diritti dipendenti il giudice dovrà conformarsi e porre a fondamento della sua decisione l'accertamento giudiziale della situazione pregiudiziale già oggetto di giudicato, senza poterla in alcun modo rimettere in discussione¹⁸.

¹⁷ Tutt'al più, laddove il giudice fosse tenuto a decidere il merito della controversia, ma, nel fare ciò, non potesse discostarsi da quanto già statuito nel primo procedimento, si potrebbe sostenere che manchi un reale «interesse ad agire» dell'attore e, di conseguenza, che la domanda debba essere comunque rigettata con una pronuncia di rito. Cfr. A. ZEUNER, H. KOCH, *Effects of Judgments*, cit., p. 12.

¹⁸ Va da sé che le parti dovranno anche dare esecuzione a quanto disposto dalla decisione. Tuttavia, una simile conseguenza non è necessariamente connessa alla teo-

Come precisato da attenta dottrina, peraltro, gli effetti appena considerati non sono altro che due facce della stessa medaglia e rispecchiano la duplice natura – sostanziale e processuale – della cosa giudicata. Per un verso, infatti, l'effetto conformativo del giudicato è una conseguenza dell'effetto preclusivo: risultando impedito un nuovo pronunciamento in merito ai diritti già oggetto di giudicato, il giudice non potrà che attenersi alla decisione resa nel precedente giudizio e, nei procedimenti che interessino diritti dipendenti, dovrà conformarsi a quanto statuito dal primo giudice con riguardo al rapporto pregiudiziale¹⁹. Per altro verso, come abbiamo detto, l'effetto preclusivo si giustifica in ragione del vincolo sostanziale prodotto dal precedente giudicato.

2. I principi sottesi alla teoria della *res judicata*

La funzione propria della teoria della *res judicata*, intesa nell'accezione ampia di cui si è detto sopra, è quella di porre fine alle controversie, assicurando la definitività e la vincolatività della decisione resa all'esito di un procedimento contenzioso. A ben vedere, peraltro, la definitività della decisione non rappresenta un valore in sé, ma costituisce il mezzo attraverso cui l'ordinamento persegue una serie di finalità mediate, che rispondono a interessi di natura tanto pubblica, quanto privata²⁰.

ria della regiudicata. La decisione può, infatti, essere «esecutiva» ancora prima di «passare in giudicato» o, al contrario, la sentenza passata in giudicato potrebbe non contenere alcun precetto cui dare esecuzione (come, ad esempio, nel caso delle sentenze di mero accertamento). In lingua francese si usa, infatti, distinguere tra *autorité de chose jugée* (decisione che produce effetti di giudicato) e *force de chose jugée* (decisione esecutiva).

¹⁹ S. MENCHINI, A. MOTTO, *Art. 2909 – Cosa giudicata*, cit., p. 38.

²⁰ P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, cit., p. 9; N. ANDREWS, *English Civil Procedure*, Oxford, 2003, parr. 40.03-40.04; A. ZEUNER, H. KOCH, *Effects of Judgments*, cit., p. 4; K. HOBÉR, *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*, cit., p. 120.

2.1. «*Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*»

La definitività e la vincolatività del provvedimento decisorio rispondono, anzitutto, a interessi di natura privata.

Le parti coinvolte in un contenzioso investono tempo e risorse nel processo, con la ragionevole aspettativa che la futura decisione permetterà loro di ottenere l'utilità o il bene della vita oggetto di contesa. Anche laddove i contendenti non dovessero conseguire quanto sperato all'avvio del procedimento, essi comunque si aspettano che la decisione sia in grado di risolvere la controversia, ponendo fine alla situazione di incertezza giuridica che ha originato il contenzioso²¹. Perché questo avvenga è, per l'appunto, necessario che al provvedimento decisorio sia garantito un certo grado di stabilità e definitività.

In assenza di un principio che impedisca alle parti di questionare *ad libitum* la decisione resa all'esito di un procedimento contenzioso, sorgerebbero innumerevoli inconvenienti, che, alla fin dei conti, renderebbero impossibile la realizzazione del «giusto processo»²².

Anzitutto, e per definizione, il procedimento non potrebbe avere una durata ragionevole – caratteristica propria del giusto processo – giacché nulla impedirebbe alle parti di protrarre il contenzioso a loro piacimento. Anzi, a fronte della possibilità di trattare nuovamente la medesima controversia, la parte soccombente non avrebbe alcun incentivo a dare esecuzione spontanea alla decisione, sicché la disputa potrebbe rimanere irrisolta per un tempo indefinito.

In secondo luogo, un'ipotetica mancanza di stabilità delle decisioni inciderebbe inevitabilmente sui diritti fondamentali di agire e difendersi in giudizio²³. Le parti sarebbero comprensibilmente restie a investire tempo e denaro in un procedimento al cui esito non avrebbero comunque alcuna

²¹ A.D. VESTAL, *Res Judicata/Preclusion*, New York, 1969, p. 8.

²² Diritto che trova tutela tanto a livello costituzionale (a titolo di esempio, nell'ordinamento italiano, all'art. 111 della Costituzione), quanto a livello internazionale (art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; art. 8 della Convenzione americana sui diritti umani).

²³ S. MENCHINI, A. MOTTO, *Art. 2909 – Cosa giudicata*, cit., p. 23; K.M. CLERMONT, *Res Judicata as a Requisite for Justice*, in *Rutgers U. Law Rev.*, 68, 2016, p. 1080.

ragionevole certezza di ottenere l'utilità sperata, o, meglio, il cui risultato (anche solo parzialmente) favorevole potrebbe sempre essere messo in discussione dalla controparte.

Immaginiamo la situazione in cui un venditore, dopo aver regolarmente consegnato la merce, si veda costretto ad agire in giudizio per ottenere il pagamento del prezzo che la controparte si rifiuta di corrispondere. Se, una volta ottenuto il provvedimento di condanna nei confronti del compratore inadempiente, a quest'ultimo fosse comunque consentito di rifiutare il pagamento, contestando *ex novo* l'esistenza del credito e dando così avvio a un secondo procedimento, il venditore si troverebbe al punto di partenza; anzi, per certi versi in una situazione ancor più peggiore, giacché al mancato adempimento di controparte si andrebbero a sommare le spese legali sostenute per far valere le proprie ragioni in giudizio.

Immaginiamo, ora, la situazione opposta, in cui il compratore abbia nei fatti pagato la merce oggetto di fornitura. A fronte dell'azione del venditore che contesti o che, per qualsivoglia ragione, non si ritenga soddisfatto dal pagamento effettuato, l'acquirente potrebbe essere chiamato a difendersi in giudizio, dimostrando l'inesistenza del diritto vantato da controparte. Tuttavia, se, una volta ottenuto il provvedimento che accerti l'adempimento dell'obbligazione di pagamento e dichiari l'inesistenza del credito vantato dal venditore, quest'ultimo potesse comunque dare avvio a un nuovo procedimento, pretendendo il pagamento del medesimo credito, il compratore dovrebbe impegnarsi in un nuovo processo, con evidente sacrificio di tempo e risorse²⁴.

La teoria della *res judicata* assicura, dunque, stabilità e certezza alle relazioni giuridiche e impedisce che la legittima domanda di giustizia dei

²⁴ Tali preoccupazioni si possono leggere già nella risalente giurisprudenza delle Corti inglesi. Cfr. *Ferrer v Arden*, (1598) 77 E.R. 263, 266, (K.B.): «For if there should not be an end of suits, then a rich and malicious man would infinitely vex him who hath right by suits and actions; and in the end (because he cannot come to an end) compel him (to redeem his charge and vexation) to leave and relinquish his right, all which was remedied by the rule and reason of the ancient common law, the neglect of which rule hath therewith introduced great inconveniences, [such as] infiniteness of verdicts, recoveries, and judgments in one and the same case, [and] the continuance of suits for 20, 30, and 40 years, to the utter impoverishing of the parties».

consociati sia frustrata da un'inutile e dannosa ripetizione dei procedimenti, che, nei fatti, si tradurrebbe in un grave ostacolo ai loro traffici commerciali²⁵.

2.2. «*Interest rei publicae ut sit finis litium*»

Come detto, la teoria in esame non risponde unicamente a interessi di natura privata. La ricomposizione delle controversie e la certezza delle relazioni giuridiche, infatti, sono anche un interesse generale della collettività, nella misura in cui favoriscono un ordinato sviluppo dei traffici commerciali.

Il principio della *res judicata* risponde, poi, a un'esigenza di economia processuale. Quanto più estesi sono gli effetti preclusivi del giudicato, tanto minore è il rischio di moltiplicazione e ripetizione dei procedimenti²⁶. Un contenzioso che si protrae nel tempo e si frammenta in una pluralità di procedimenti è un contenzioso più costoso non soltanto per le parti, ma anche per le finanze pubbliche. La moltiplicazione dei processi implica, infatti, un aumento del carico di lavoro dei tribunali che, come evidente, si traduce in un incremento di costi per le casse dello Stato. A fronte di un appesantimento del ruolo dei tribunali, si renderebbe necessaria l'allocazione di maggiori risorse; in caso contrario, a saldo invariato, si produrrebbero ritardi nella definizione delle controversie, o, in alternativa, si dovrebbe ridurre il tempo dedicato allo studio delle singole controversie, con un evidente sacrificio della qualità del lavoro e un corrispondente aumento del rischio di errori giudiziali²⁷.

In altre parole, la teoria della *res judicata*, impedendo l'inutile moltiplicazione dei procedimenti, assicura una maggiore efficienza del sistema giudiziario ed evita lo spreco delle risorse pubbliche destinate alla giustizia²⁸.

²⁵ A.D. VESTAL, *Res Judicata/Preclusion*, cit., pp. 8-9.

²⁶ P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, cit., p. 9.

²⁷ Sul punto, cfr. J.C. MCCOID, *A Single Package for Multiparty Disputes*, in *Stanford Law Rev.*, 28, 4, 1976, p. 707.

²⁸ R. FREER, *Civil Procedure*, cit., p. 532; A.D. VESTAL, *Res Judicata/Preclusion*, cit., pp. 10-12.

In secondo luogo, assicurare la definitività e l'irretrattabilità dei provvedimenti giurisdizionali significa anche evitare (o, quantomeno, ridurre) il rischio di contrasto tra giudicati. Sebbene, in linea teorica, la ripetizione dello stesso procedimento dovrebbe condurre a un identico risultato, non sempre ciò si verifica nella pratica. In ogni processo, infatti, entrano in gioco numerose variabili. Solo per citarne alcune: il modo in cui le parti presentano le loro ragioni, la discrezionalità del giudice nella valutazione delle c.d. «prove libere», l'interpretazione della norma giuridica, e così via. È allora evidente come la reiterazione del medesimo procedimento possa condurre a decisioni non sempre concordanti. Nondimeno, da un punto di vista sistematico un simile risultato è difficilmente tollerabile. Il contrasto tra giudicati non rappresenta soltanto un grave *vulnus* alla credibilità del sistema giurisdizionale nel suo complesso – che, provvedendo soluzioni diverse alla medesima disputa, dimostra una evidente incoerenza interna – ma accresce altresì l'incertezza delle situazioni giuridiche e, di conseguenza, contribuisce ad alimentare le controversie²⁹.

In sintesi, pertanto, oltre a realizzare un'efficiente gestione del contenzioso, la teoria della *res judicata* è diretta a salvaguardare la coerenza del sistema di risoluzione delle controversie.

Mette conto evidenziare come tali finalità siano perseguite anche da altri istituti processuali, quali, nello specifico, la connessione e la litispendenza. Peraltro, la regolamentazione di tali istituti presenta evidenti punti di contatto con il fenomeno del giudicato³⁰. Basti pensare alla definizione dei requisiti di identità o connessione tra le diverse cause, su cui si

²⁹ A. ZEUNER, H. KOCH, *Effects of Judgments*, cit., p. 11; K. HOBÉR, *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*, cit., p. 120; Corte di Cassazione, sez. un., 16 giugno 2006, n. 13916, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 6: «Evitare la formazione di giudicati contrastanti, conformemente al principio del “*ne bis in idem*”, corrisponde ad un preciso interesse pubblico, sotteso alla funzione primaria del processo, e consistente nell'eliminazione dell'incertezza delle situazioni giuridiche, attraverso la stabilità della decisione».

³⁰ Punti di contatto che, come vedremo più nel dettaglio *infra*, capitolo IV, al paragrafo 1.4, si riflettono anche a livello transnazionale, tra gli istituti della litispendenza internazionale e del riconoscimento degli effetti di giudicato delle decisioni straniere. Sul punto cfr. in particolare F. MARONGIU BONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale*, Napoli, 2008, spec. p. 31 ss.

fondano, rispettivamente, le eccezioni di giudicato ovvero di litispendenza o connessione. Nondimeno, la rilevanza esclusivamente processuale di tali istituti nonché le ulteriori complesse problematiche da essi implicate richiederebbero un approfondimento apposito, non necessariamente utile a una migliore comprensione dell'oggetto precipuo del nostro studio e che, a ben vedere, esulano dal tema specifico del riconoscimento degli effetti del giudicato nell'arbitrato commerciale internazionale. Di conseguenza, laddove necessario, ci limiteremo a un semplice richiamo della disciplina della connessione e della litispendenza.

3. *Profili problematici nella determinazione dell'oggetto e degli effetti della res judicata*

Quanto fin qui considerato dimostra come la teoria della *res judicata* risponda a interessi di fondamentale rilievo e, di conseguenza, rappresenti un elemento essenziale di qualsivoglia sistema processuale. Tale conclusione è, peraltro, confortata da un ineludibile dato empirico: non vi è ordinamento giuridico che non disponga di un nucleo essenziale di regole volte ad assicurare la vincolatività e la definitività dei provvedimenti giurisdizionali. Tuttavia, come già detto, i diversi ordinamenti prevedono discipline marcatamente difformi, in particolare con riferimento all'individuazione dell'oggetto del giudicato e alla definizione dei suoi effetti. A dispetto del significato letterale dell'espressione, le preclusioni e la vincolatività della *res judicata* potrebbero estendersi anche al di là di ciò che sia stato effettivamente oggetto di giudizio e, cioè, di quanto sia stato propriamente «giudicato»³¹.

Rinviano al capitolo II la trattazione specifica delle soluzioni accolte a livello nazionale, intendiamo qui evidenziare come tali discipline siano necessariamente influenzate dalla differente funzione sostanziale che è attribuita alla teoria della *res judicata* nei diversi sistemi di risoluzione delle controversie, la quale, come si vedrà, è a sua volta frutto di un bilancia-

³¹ G.B. VAN DE VELDEN, *Finality in Litigation*, Alphen aan den Rijn, 2017, p. 14.

mento tra valori contrapposti e, quindi, di scelte di politica legislativa differenti.

3.1. *L'oggetto della res giudicata: situazione soggettiva oggetto di controversia e questioni di fatto e di diritto pregiudiziali*

Il provvedimento giurisdizionale è diretto a risolvere una controversia di natura giuridica, accertando, costituendo o modificando i diritti soggettivi fatti valere in giudizio dalle parti. Tuttavia, per giungere a una decisione in merito all'oggetto della lite, l'organo giudicante deve prima considerare i presupposti giuridici e fattuali su cui si fondano le pretese fatte valere dalle parti. Laddove, come spesso accade, le parti prospettino rappresentazioni divergenti di tali presupposti, il giudice dovrà accertare anche il «modo di essere» dei rapporti giuridici e dei fatti rilevanti ai fini della determinazione dei diritti soggettivi oggetto di contenzioso.

Sorge quindi spontaneo un interrogativo: può formare oggetto di giudicato soltanto la decisione della situazione soggettiva dedotta in giudizio o la vincolatività della decisione deve estendersi anche ai presupposti fattuali e giuridici che integrano la fattispecie oggetto della controversia?

Le esigenze di economia processuale e armonia delle decisioni sembrerebbero suggerire che anche le questioni di fatto e di diritto su cui si fonda il pronunciamento del giudice debbano formare oggetto di giudicato. In caso contrario, infatti, non soltanto si produrrebbe una duplicazione dell'attività processuale – come minimo con riferimento alla fase istruttoria della causa – ma si aprirebbe altresì la strada alla coesistenza di decisioni contraddittorie, se non nelle conclusioni, quantomeno nei loro presupposti ³².

³² Simili considerazioni chiamano direttamente in causa il modo di concepire il processo civile. È questo uno dei punti su cui, peraltro, si manifestano le maggiori differenze tra i sistemi di *common law* e i sistemi di *civil law*. Se nei primi la sentenza è concepita come «attestazione giudiziale» di quanto effettivamente accaduto, nei secondi la decisione resa dall'autorità giudiziaria è diretta unicamente a determinare le conseguenze giuridiche delle circostanze che sono state provate nel corso del processo, senza la pretesa che esse rispecchino in modo incontrovertibile la realtà dei fatti. Si comprende allora che, se nel primo modello le eventuali discrepanze nella ricostruzione delle questioni di

Con tutta evidenza, infatti, ammettere un nuovo contraddittorio sulla configurazione dei medesimi elementi giuridici o fattuali che hanno fondato il convincimento del primo giudice implica la possibilità che il secondo giudice giunga a conclusioni affatto differenti. In tale ipotesi, anche laddove non venga in rilievo la medesima situazione sostanziale, si avrebbe comunque un'incoerenza logica tra i processi argomentativi che hanno condotto all'adozione delle due diverse decisioni³³. Al fine di scongiurare simili incongruenze, pertanto, si dovrebbe considerare preclusa anche una nuova trattazione delle questioni giuridiche e di fatto essenziali che rappresentano il presupposto logico-giuridico necessario del provvedimento giurisdizionale³⁴.

fatto si traducono in un contrasto di giudicati, nel secondo modello esse potrebbero considerarsi sostanzialmente irrilevanti. Cfr. sul punto S. BREKOUKAKIS, *The Effect of an Arbitral Award and Third Parties in International Arbitration: Res Judicata Revisited*, cit., p. 182.

³³ Tizio agisce in giudizio contro Caio, chiedendo l'accertamento del diritto soggettivo D_X . Nel corso del processo, il giudice accerta l'esistenza degli elementi fattuali (F_A), che, alla luce delle norme applicabili (N_X), costituiscono il presupposto del diritto vantato da Tizio (D_X). Di conseguenza, accoglie la richiesta di Tizio ($F_A + N_X = D_X$). Caio decide allora di agire in giudizio contro Tizio, chiedendo l'accertamento del diritto soggettivo D_Y . Sebbene si tratti di un diritto diverso (ma non incompatibile) con il diritto vantato da Tizio nel primo processo ($D_Y \neq D_X$), esso si fonda sui medesimi presupposti fattuali (F_A) che sono già stati accertati dal primo giudice. Peraltro, per fortuna di Caio, le norme applicabili (N_Y) da cui deriva il diritto D_Y sono molto chiare e non presentano alcuna difficoltà di interpretazione; Caio è, quindi, sicuro di vedere accolte le sue pretese (infatti, $F_A + N_Y = D_Y$). Tuttavia, nel nuovo procedimento il giudice perviene a una diversa ricostruzione degli elementi fattuali che sottendono la controversia e, di conseguenza, rigetta la domanda di Caio ($F_B \neq F_A$ e quindi $F_B + N_Y \neq D_Y$).

³⁴ Come si vedrà meglio nel capitolo II, è questa l'impostazione cui si informano gli ordinamenti di *common law*. In particolare, ci si riferisce all'istituto dell'«issue estoppel». Cfr. *infra*, capitolo II, al paragrafo 3.2.2. Eloquentemente, sul punto, quanto affermato da Dixon J nella sentenza *Blair v Curran* (1939) 62 CLR 464, HCA spec. 531: «A judicial determination directly involving an issue of fact or of law disposes once for all of the issue, so that it cannot afterwards be raised between the same parties or their privies. The estoppel covers only those matters which the prior judgment, decree or order necessarily established as the legal foundation or justification of its conclusion, whether that conclusion is that a money sum be recovered or that the doing of an act be commanded or be restrained or that rights be declared. The distinction between *res judicata* and is-

Secondo una diversa ricostruzione, invece, solo i diritti soggettivi possono formare oggetto di giudicato. L'accertamento giudiziale delle questioni di diritto o dei «meri fatti», ancorché giuridicamente rilevanti, non potrebbe ritenersi precluso nei successivi procedimenti.

Tale atteggiamento restrittivo si giustifica con l'esigenza di garantire una tutela sostanziale al diritto di difesa del convenuto. In linea teorica, infatti, da un medesimo fatto possono scaturire una molteplicità di conseguenze giuridiche. La partecipazione attiva al processo richiede tempo e comporta inevitabilmente dei costi, purtroppo non sempre recuperabili. Le parti saranno inclini a impiegare tempo ed energie nel processo (oltre che a sostenere le relative spese) laddove il bene della vita cui aspirano o il danno che intendono evitare giustifichi tale impegno³⁵.

sue estoppel is that in the first the very right or cause of action claimed or put in suit has in the former proceedings passed into judgment, so that it is merged and has no longer an independent existence, while in the second, for the purpose of some other claim or cause of action, a state of fact or law is alleged or denied the existence of which is a matter necessarily decided by the prior judgment, decree or order. [...] In matters of fact the issue estoppel is confined to those ultimate facts which form the ingredients in the cause of action, that is, the title to the right established. Where the conclusion is against the existence of a right or claim which in point of law depends upon a number of ingredients or ultimate facts the absence of any one of which would be enough to defeat the claim, the estoppel covers only the actual ground upon which the existence of the right was negated. But in neither case is the estoppel confined to the final legal conclusion expressed in the judgment, decree or order. [...] Matters cardinal to the latter claim or contention cannot be raised if to raise them is necessarily to assert that the former decision was erroneous». Si veda anche quanto sostenuto dalla *House of Lords* nella causa *Arnold v National Westminster Bank Plc.*, [1991] 2 AC 93, spec. 97: «Both logic and principle support the approach that the judicial determination of an entire cause of action is in fact the determination of every issue which is fundamental to establishing the entire cause of action. Thus, the assertion that the determination on one of the issues is flawed is equivalent to asserting that the whole judgment is flawed. The effect of a judicial determination on an entire cause of action is as if the court had made declarations on each issue fundamental to the ultimate decision».

³⁵ Non sarebbe, infatti, ragionevole spendere 100, se ciò che si vuole ottenere vale 10; così come sarebbe poco prudente non investire 100, se si potrebbe essere condannati a pagare 1.000. Per una considerazione dell'impatto dei costi del contenzioso sulla valutazione circa l'opportunità di agire e/o difendersi in giudizio, cfr. R. FENTIMAN, *International Commercial Litigation*, Oxford, 2015², p. 3 ss.

Perché parte convenuta possa calibrare adeguatamente i propri sforzi nel processo è, allora, necessario che essa sappia contro cosa deve difendersi e quali siano le conseguenze che potrebbero derivare dall'eventuale accoglimento delle domande dell'attore. Se fosse possibile considerare quale oggetto del giudicato un semplice «fatto», gli effetti giuridici della pronuncia sarebbero imprevedibili, con evidente sacrificio dei diritti di difesa del convenuto³⁶.

A mente di tale ricostruzione, pertanto, solo i diritti soggettivi azionati in giudizio potrebbero formare oggetto di giudicato; al contrario, il provvedimento giurisdizionale non produrrebbe alcun effetto preclusivo nei confronti degli elementi fattuali oggetto di causa³⁷.

³⁶ Tizio agisce in giudizio contro Caio, allegando l'esistenza degli elementi fattuali (F_A), che, alla luce delle norme applicabili (N_X), costituiscono il presupposto del diritto soggettivo (D_X). Caio non è per nulla d'accordo con la ricostruzione dei fatti prospettata da Tizio e potrebbe dimostrare come sono andate realmente le cose (F_B). Questo, tuttavia, richiederebbe una complicata e onerosa attività istruttoria. Di contro, gli effetti negativi di un eventuale accoglimento delle domande di Tizio (D_X) sarebbero molto limitati. Pertanto, sulla base di una valutazione costi/benefici, Caio decide di non impegnarsi nel procedimento. Il giudice accoglie, allora, le richieste di Tizio ($F_A + N_X = D_X$). In seguito, Tizio agisce nuovamente in giudizio, chiedendo questa volta l'accertamento del diritto soggettivo (D_Y). Benché si tratti di un diritto diverso rispetto al diritto vantato nel primo processo ($D_Y \neq D_X$), esso si fonda sui medesimi elementi fattuali accertati dal primo giudice (di modo che $F_A + N_Y = D_Y$). Diversamente dal diritto (D_X), però, l'eventuale accertamento del diritto D_Y produrrebbe effetti dirompenti nella sfera patrimoniale di Caio. Questi allora decide di impegnarsi nel processo, ma a nulla varrebbero i suoi sforzi per dimostrare che la realtà dei fatti non corrisponde a quanto sostenuto da Tizio ($F_A \neq F_B$) se tali elementi fattuali fossero ormai coperti dal giudicato e non potrebbero, quindi, essere rimessi in discussione nel secondo procedimento.

³⁷ Come si vedrà, questa seconda impostazione è accolta da numerosi ordinamenti di *civil law*, tra cui, in particolare, l'ordinamento italiano. Cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 641; E.F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, in *Digesto priv., sezione civile*, vol. I, Torino, 1987, p. 20; E. FAZZALARI, *Il cammino della sentenza e della «cosa giudicata»*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 597; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e i suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 387; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., p. 69 ss.; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Bari, 2015⁴; D. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, Torino, 2008, p. 2; L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, vol. I, Bologna, 2011; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit.

3.2. *La possibile estensione degli effetti della res judicata alle situazioni soggettive connesse all'oggetto della controversia*

Chiarite le alternative in merito all'identificazione di ciò che può formare oggetto di giudicato, occorre ora interrogarsi circa l'estensione dei suoi effetti. In particolare, se con riferimento alle questioni fattuali essenziali all'adozione del provvedimento – e ovviamente nei soli ordinamenti che ammettono la formazione del giudicato sulle stesse – è abbastanza pacifico che gli effetti preclusivi non si possano estendere oltre ciò che ha formato oggetto di specifica considerazione in contraddittorio tra le parti³⁸, lo stesso non sembra invece valere per i diritti soggettivi o, più in generale, per i rapporti giuridici sottesi alla controversia.

Dalla generica trattazione delle finalità perseguite dalla teoria in esame di cui ai precedenti paragrafi, si potrebbe essere indotti a pensare che sia preferibile ampliare quanto più possibile l'ambito operativo degli effetti del giudicato, così da ricomprendervi tutte le conseguenze giuridiche comunque riconnesse al merito della controversia. È, infatti, evidente che quanto più si dilatano gli effetti del giudicato – così da ricomprendervi tutte le situazioni giuridiche in qualche modo connesse all'oggetto dell'accertamento giudiziale – tanto più si favoriscono le esigenze di economia processuale e di armonia delle decisioni.

Nondimeno, svariate ragioni – per certi aspetti molto simili a quelle già esaminate nel paragrafo precedente – militano a favore di un atteggiamento più restrittivo con riguardo agli effetti di giudicato dei provvedimenti giurisdizionali.

Come osservato, il fatto stesso che la decisione produca effetti preclusivi nei confronti di successivi procedimenti garantisce e tutela tanto il diritto di azione dell'attore quanto il diritto di difesa del convenuto³⁹. Tuttavia, questi stessi diritti potrebbero anche essere pregiudicati da un'eccessiva estensione dell'ambito operativo della regiudicata.

Un'efficace tutela dei diritti di azione e difesa presuppone un sistema in cui ciascuna parte possa far valere in giudizio le proprie ragioni e con-

³⁸ Cfr. *infra*, capitolo II, al paragrafo 3.2.2.

³⁹ Cfr. *supra*, in questo capitolo, al paragrafo 2.1.

testare le allegazioni di controparte, adducendo prove e proponendo argomentazioni giuridiche a sostegno della propria posizione. In altre parole, l'attuazione dei diritti sopra considerati presuppone la piena realizzazione del contraddittorio.

Come visto, la decisione resa in merito all'esistenza o alla configurazione dei diritti soggettivi fatti valere in giudizio dalle parti deve – a un certo punto – ritenersi definitiva, pena l'inutilità del processo e la frustrazione delle legittime aspettative di giustizia. Nondimeno, se si dovesse estendere il raggio d'azione di tale «incontrovertibilità» fino a includervi le situazioni giuridiche che – per quanto connesse alla controversia – non erano ricomprese nelle domande dell'attore o nelle difese del convenuto, si finirebbe inevitabilmente per limitare i diritti delle parti. Queste ultime, infatti, si vedrebbero precluse azioni e difese con riferimento a situazioni giuridiche su cui non si è mai formato un vero contraddittorio.

In questo modo, peraltro, il provvedimento giurisdizionale andrebbe a incidere su posizioni giuridiche soggettive su cui non era stato richiesto l'intervento dell'autorità giudiziaria. A mente del c.d. «principio della domanda» o «principio dispositivo» – cui si informano numerosi ordinamenti processuali di *civil law*, tra cui anche quello italiano – la scelta se richiedere o meno la tutela giurisdizionale di un diritto disponibile è rimessa alla piena discrezionalità del suo titolare (o presunto tale); l'autorità giurisdizionale non è, infatti, investita di un generale potere decisorio in merito alle controversie che possono sorgere tra i consociati, ma ha il dovere di pronunciarsi con riferimento alle sole domande che gli vengono sottoposte. Pertanto, in un'ottica di pieno rispetto del principio dispositivo e del contraddittorio tra le parti, l'ambito di operatività del giudicato dovrebbe ricalcare pedissequamente i limiti delle domande proposte, anche laddove l'oggetto del processo rappresenti solo una porzione di una più articolata e complessa vicenda giuridica⁴⁰.

⁴⁰ Questa, come vedremo *infra* al capitolo II, è la posizione prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza italiana e tedesca. Tale orientamento si fonda, in particolare, sulla rilevanza data a livello costituzionale al diritto di azione, di cui all'art. 24 Cost. Cfr. G. VERDE, *Diritto Processuale Civile*, vol. II, Bologna, 2017⁵, pp. 289-290, secondo cui: «Almeno per quanto riguarda le situazioni giuridiche *disponibili*, il nostro processo [è] retto dal principio della *domanda* e le parti [hanno] il potere di ritagliare con piena libertà la *materia* su cui vogliono che incida il provvedimento giurisdizionale. [...] Sappiamo che

Tuttavia, è evidente che in questo modo si favorisce la frammentazione del contenzioso in una pluralità di procedimenti e si apre, quindi, la strada a possibili incongruenze nel giudicato, oltre che alle già esposte disconomie processuali⁴¹.

3.3. *Una scelta tra valori contrastanti*

Alla luce di quanto abbiamo appena considerato è possibile concludere che, sebbene le esigenze di giustizia che si sostanziano nella necessaria tutela del diritto di azione e di difesa presuppongano che al provvedimento giurisdizionale sia riconosciuto un nucleo essenziale di effetti pre-

in questo modo si va contro le esigenze di *economia processuale*; ma sappiamo anche che questo è il solo modo per garantire alle parti che la decisione sia quella da loro chiesta e non quella che si potrebbe tirar fuori a loro insaputa in un momento successivo e sulla base di operazioni interpretative rispetto alle quali la discrezionalità dei magistrati sarebbe quasi totale ... e sappiamo, infine, che soltanto in questo modo si dà piena e soddisfacente tutela al diritto di difesa, che è uno dei cardini del processo recepiti a livello costituzionale»; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 280, secondo cui il principio della domanda «non può cedere il passo ad esclusive processuali di economia dei giudizi»; M. TARUFFO, *Collateral estoppel e giudicato sulle questioni*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 272.

⁴¹ È bene ricordare che l'economia processuale e, quindi, la conclusione del procedimento in tempi ragionevoli non costituisce unicamente un interesse privato di contenimento della spesa, ma rappresenta, altresì, un elemento essenziale per la realizzazione del c.d. «giusto processo». Cfr. *supra* in questo capitolo al paragrafo 2.2. Tuttavia, come notato da attenta dottrina, «se le parti sanno di rischiare di essere pregiudicate da decisioni rese implicitamente su questioni non discusse, perché rilevanti ai fini di altre possibili future controversie, il cui contenuto concreto è scarsamente prevedibile, le loro deduzioni in giudizio devono ricomprendere anche tali questioni, anche quando le considerazioni strategiche del processo in corso suggerirebbero di farne a meno, ad esempio perché appaiono meno fondate di altre: il rischio che la difesa sul punto sia in seguito preclusa costringe a svilupparla comunque. Pertanto la complessiva potenziale riduzione del numero di fascicoli, permessa dall'ampliamento della portata oggettiva degli effetti del giudicato, viene compensata dall'inflazione attuale delle deduzioni all'interno di ciascun singolo procedimento, con un risultato netto complessivo almeno tendenzialmente negativo, perché la regola processuale rende attuale un interesse a dedurre che sarebbe altrimenti solo potenziale», cfr. A. GIUSSANI, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1565.

clusivi, l'effettività di una simile tutela diminuisce quanto più si espande tale nucleo. Al contrario, le esigenze di certezza delle relazioni giuridiche, economia processuale e armonia delle decisioni sono tanto più favorite quanto più si estendono gli effetti e l'oggetto del giudicato.

Si comprende, allora, come la definizione di una disciplina specifica della *res judicata* sia, in buona sostanza, frutto di un bilanciamento tra interessi contrapposti e valori contrastanti⁴². Laddove si vogliano promuovere i valori dell'economia processuale e dell'armonia delle decisioni si sarà portati ad ampliare l'ambito operativo del giudicato, sì da ricomprenservi tutte le situazioni giuridiche e fattuali sostanzialmente connesse alla controversia. In una simile prospettiva, peraltro, alla teoria della *res judicata* sarebbe attribuita anche una funzione di «pacificazione sociale», poiché le preclusioni a essa connesse si tradurrebbero di fatto in una sanzione indiretta del comportamento negligente della parte che abbia omesso di concentrare in unica azione o difesa tutte le argomentazioni giuridiche relative a una medesima controversia⁴³.

Nel caso in cui, invece, si ritenga preferibile assicurare una tutela del contraddittorio più pervasiva, nonché una piena applicazione del principio dispositivo, si tenderà a far coincidere l'oggetto del giudicato con i diritti soggettivi che hanno formato oggetto della domanda, con buona pace per le eventuali diseconomie processuali che si potrebbero generare.

La funzione «sostanziale» attribuita alla teoria in esame dipenderà, pertanto, da una scelta tra valori contrastanti⁴⁴. A seconda del bilanciamento operato, infatti, la disciplina del giudicato potrà costituire strumento per la realizzazione delle esigenze di economia processuale e pacificazione sociale, ovvero, in alternativa, di garanzia dei diritti di azione e difesa, nel rispetto del contraddittorio e del principio dispositivo.

⁴² K.M. CLERMONT, *Res Judicata as a Requisite for Justice*, cit., p. 1080; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, cit., p. 429; cfr. anche Corte di Cassazione, sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 4, secondo cui: «Le complesse e delicate problematiche che pone [l'individuazione dell'oggetto del giudicato] risultano tutte e allo stesso modo condizionate dalla necessità di operare una scelta tra valori talora contrastanti».

⁴³ C. CHAINAIS, *L'autorité de la chose jugée en procédure civile: perspectives de droit compare*, cit., p. 26.

⁴⁴ S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, cit., p. 429; G. VERDE, *Diritto Processuale Civile*, cit., p. 289.

4. *La qualificazione della res judicata all'interno del processo civile*

Fin qui si è considerata la nozione di *res judicata* in una prospettiva che si potrebbe definire «statica», attraverso lo studio dei principi generali e delle finalità a essa sottese, nel tentativo di coglierne la funzione sostanziale svolta all'interno dei sistemi di risoluzione delle controversie. È ora necessario esaminare il concreto modo di operare della teoria del giudicato, così da poter meglio apprezzare, in una prospettiva «dinamica», la sua rilevanza all'interno del processo.

4.1. *Qualificazione della res judicata quale «presupposto processuale negativo»*

Come detto, oltre che sul piano sostanziale, la *res judicata* produce conseguenze anche sul piano processuale. In particolare, come abbiamo visto, il giudicato impedisce alle parti di proporre domande che siano già state decise e impone al giudice di conformarsi al contenuto della precedente pronuncia nella soluzione di eventuali rapporti giuridici dipendenti da quello oggetto di giudicato. Rispetto a domande che interessino (direttamente o indirettamente) la situazione soggettiva accertata in un precedente giudizio, la regiudicata rileva quale eccezione. La modalità concreta in cui opera tale eccezione all'interno del processo dipende, tuttavia, dal diritto che è fatto valere nel nuovo giudizio.

Nell'ipotesi in cui sia fatto valere il medesimo diritto già oggetto di decisione, la regiudicata dovrebbe considerarsi quale condizione negativa alla regolare costituzione del rapporto processuale – e quindi quale «presupposto processuale negativo»⁴⁵ – ovvero alla ricevibilità della doman-

⁴⁵ I presupposti processuali sono i c.d. elementi costitutivi del rapporto processuale (distinti e indipendenti dagli elementi costitutivi del rapporto giuridico sostanziale) e rappresentano le condizioni perché il giudice possa procedere all'esame del merito della controversia. Si usa distinguere tra «presupposti processuali positivi» – e cioè le condizioni che devono sussistere affinché il giudice possa conoscere del merito della controversia – quali, tra gli altri, la giurisdizione e la competenza del giudice, la capacità delle parti, la legittimazione ad agire, l'interesse ad agire e «presupposti processuali negativi» – e cioè quegli elementi che non devono sussistere affinché il giudice possa conoscere del

da⁴⁶. In buona sostanza, in presenza di un precedente giudicato il giudice non avrebbe il potere di conoscere (nuovamente) della domanda⁴⁷ e, quindi, di esaminare il merito delle questioni su cui sia già intervenuta una precedente decisione. Laddove nel nuovo processo tra le stesse parti fosse proposta la medesima domanda, l'organo giudicante sarebbe, quindi, tenuto a rigettarla pronunciando una sentenza di rito. Tale decisione, peraltro, non produrrebbe alcun nuovo effetto sul piano sostanziale e avrebbe la sola funzione di chiudere il nuovo procedimento, lasciando inalterati i diritti soggettivi e – più in generale – i rapporti giuridici in essere tra le parti.

Con tutta evidenza, la qualificazione della regiudicata quale «presupposto processuale negativo» si limita a descrivere gli effetti preclusivi del giudicato con riferimento ai diritti soggettivi oggetto del contenzioso. Non si estende, invece, agli effetti conclusivi del giudicato nei successivi procedimenti che abbiano a oggetto diritti dipendenti, né alle possibili preclusioni in merito alle questioni di fatto o di diritto, necessarie a fondare il convincimento del giudice nel primo procedimento. Con riferimento a tali ipotesi, il giudicato non impedisce al giudice di conoscere del merito della controversia – quantomeno con riferimento alle questioni che non siano già state decise – ma gli impone, più semplicemente, di porre alla base della sua decisione il rapporto giuridico pregiudiziale, così come accertato nel precedente giudizio. In tal caso, com'è evidente, il procedimento non potrà chiudersi con una sentenza di rigetto in rito.

merito della controversia – quali la litispendenza e, per l'appunto, l'esistenza di un precedente giudicato.

⁴⁶ Come avviene, ad esempio, in Francia, cfr. C. CHAINAIS, *L'autorité de la chose jugée en procédure civile: perspectives de droit compare*, cit., p. 8.

⁴⁷ M. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino, 2016⁵, p. 246, secondo cui: «[Il giudicato] esplica un'efficacia processuale impediente, ossia impedisce una nuova pronuncia su ciò che è stato già giudicato (*ne bis in idem*). In altri termini, il giudicato è un *presupposto processuale negativo*, una condizione che non deve esistere perché il giudice possa e debba decidere nel merito della causa ... l'eccezione con la quale si fa valere il precedente giudicato è, quindi, prettamente di carattere processuale, attenendo, si ripete a un presupposto processuale»; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 198; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., p. 99; E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, Pisa, 2017.

4.2. Qualificazione della *res judicata* quale «*rule of evidence*»: efficacia di giudicato ed efficacia probatoria della decisione giudiziale

Negli ordinamenti che ammettono la formazione del giudicato sulle questioni di fatto e di diritto accertate dal giudice ai fini della decisione della controversia – e in particolare nel *common law* inglese – la teoria della *res judicata* è stata qualificata in passato come «*rule of evidence*».

Nello specifico, si riteneva che la c.d. «*issue estoppel*»⁴⁸ costituisse una regola di valutazione delle prove, tale per cui, laddove le parti avessero già avuto modo di discutere e contraddire con riferimento alle questioni di fatto essenziali alla definizione di un precedente giudizio, la sentenza resa all'esito dello stesso si sarebbe dovuta considerare come «prova conclusiva» di tali circostanze fattuali anche nei successivi procedimenti⁴⁹.

Una simile qualificazione dipendeva in larga parte dalla terminologia utilizzata per descrivere il fenomeno della regiudicata. Negli ordinamenti di tradizione anglosassone, infatti, l'istituto dell'*estoppel* era generalmente considerato quale regola volta a escludere – a seconda delle circostanze – l'ammissibilità di talune prove ed era, pertanto, sussumibile nella categoria delle c.d. *rules of evidence*⁵⁰.

⁴⁸ Senza voler anticipare quanto costituirà oggetto di trattazione nel capitolo II, in base alla regola della *issue estoppel* le valutazioni in merito alle questioni di fatto o di diritto, essenziali alla decisione di una controversia, sono coperte da giudicato e pertanto non possono essere rimesse in discussione nei successivi contenziosi che coinvolgano le medesime parti. Cfr. *infra*, capitolo II, al paragrafo 3.2.2.

⁴⁹ *Morrison, Rose & Partners v Hillman* [1961] 2 QB 266, spec. 277 CA: «If the parties have submitted to the decision of a court an issue between them, and that issue has been fully considered and decided on the evidence which they have called, it is reasonable that the decision given should be conclusive evidence as between those parties for the purpose of another suit between them. It would be unreasonable that the same controversy should be re-agitated over and over again. I fully agree with the decision that has been given, and that the appeal should be dismissed»; nello stesso senso *Humphries v Humphries* [1910] 2 KB 531, spec. 536, CA; *Ord v Ord* [1923] 2 KB 432, spec. 440, secondo cui: «The litigant must admit that which has been judicially declared to be the truth with regard to the dispute that he raised». Cfr. anche *Marginson v Blackburn Borough Council* [1939] 2 KB 426, spec. 437 (CA); *Carl-Zeiss Stiftung v Rayner & Keeler Ltd (No 2)* [1967] 1 AC 853, HL.

⁵⁰ In realtà la giurisprudenza inglese ha ormai escluso che tutte le tipologie di *estoppel*

Peraltro, in altri paesi del *Commonwealth* la giurisprudenza aveva evidenziato l'inadeguatezza di un'eventuale qualificazione della «cause of action estoppel»⁵¹ quale regola di valutazione delle prove⁵².

Nondimeno, già dalla seconda metà del XX secolo la giurisprudenza inglese ha progressivamente abbandonato l'idea di qualificare la *issue estoppel* come semplice *rule of evidence*. In particolare, secondo l'insegnamento di Lord Diplock: «Whatever may be said of other rules of law to which the label of “estoppel” is attached, “issue estoppel” is not a rule of evidence. True, [...] it has the effect of preventing the party “estopped” from calling evidence to show that the assertion which is the subject of the “issue estoppel” is incorrect, but that is because the existence of the “issue estoppel” results in there being no issue in the subsequent civil proceedings to which such evidence would be relevant. Issue estoppel is a particular application of the general rule of public policy that there should be finality in litigation»⁵³.

È quindi per un principio di ordine pubblico e non per una mera regola in tema d'istruzione probatoria che il giudicato preclude l'ammissibilità di prove volte a dimostrare la non correttezza dei fatti accertati in un precedente giudizio. L'accertamento del primo giudice, risolvendo in via definitiva le possibili incertezze sul «modo di essere» delle circostanze fattuali considerate, rende superflua ogni successiva istruttoria in merito alle stesse.

Con tutta evidenza, la distinzione tra «rule of evidence» e «rule of

possano essere sussunte in un'unica categoria, regolata da una disciplina uniforme. Cfr. *McIlkenny v Chief Constable of the West Midlands* [1980] Q.B. 283, spec. 316-317; *First National Bank plc v Thompson* [1996] CH 231, spec. 236.

⁵¹ Cfr. *infra*, capitolo II, al paragrafo 3.1.

⁵² *Jackson v Goldsmith* (1950) 81 CLR 446, spec. 466: «[*Res judicata*] is not, to my mind, correctly classified under the heading of estoppel at all. It is a broad rule of public policy based on the principles expressed in the maxims *interest reipublicae ut sit finis litium* and *nemo debet bis vexari pro eadem causa*».

⁵³ *Mills v Cooper* [1967], 2 QB 459, spec. 469. Cfr. anche *DPP v Humphrys*, [1977] A.C. 1, spec. 27 e 48; *Rogers v The Queen* (1994) 181 CLR 251, spec. 278; *Vervaeke v Smith* [1983] 1 AC 145, spec. 162, dove, peraltro, si definisce la «issue estoppel» come regola procedurale, in contrasto a quanto affermato in *Canada and Dominion Sugar Co Ltd v Canadian National Steamships Ltd* [1947] AC 46, spec. 56.

public policy» non è priva di conseguenze. Laddove si consideri la *issue estoppel* – o, più in generale, il principio della *res judicata* – alla stregua di una regola procedurale in materia di istruzione probatoria, sarebbe onere della parte interessata allegare l'esistenza della precedente decisione. In suo difetto, o in caso di allegazione fuori termini, il secondo giudice non sarebbe vincolato da quanto accertato nel precedente giudizio. Peraltro – per quanto «conclusiva» – la sua rilevanza sarebbe comunque soggetta alle regole che disciplinano i rapporti tra le diverse figure di «estoppel» e potrebbe dunque essere esclusa in forza di un accordo tra le parti⁵⁴.

Nel caso in cui, invece, il giudicato in merito alle questioni fattuali sia ritenuto quale regola di ordine pubblico, diretta a evitare lo «scandalo di decisioni contraddittorie»⁵⁵, il giudice potrebbe anche rilevare d'ufficio l'esistenza di una precedente decisione e la sua operatività non sarebbe soggetta alle regole in materia di istruzione probatoria, né tantomeno alla disponibilità delle parti.

Una seconda ragione milita contro la qualificazione della *issue estoppel* quale *rule of evidence*. Se, in linea teorica, il giudicato relativo alle questioni di fatto potrebbe atteggiarsi quale regola procedurale in materia di istruzione probatoria, lo stesso non può certo dirsi per il giudicato in merito alle questioni giuridiche, che – quantomeno nel *common law* inglese – è ricompreso nella nozione di *issue estoppel*⁵⁶.

⁵⁴ G. SPENCER BOWER, A.K. TURNER, *The Doctrine of Res Judicata*, London, 1969, pp. 331-332, «where an estoppel *per rem judicatam* meets an estoppel by representation, there is a genuine cross-estoppel, in the strictest sense of the word. For here, A. having established a good estoppel by *res judicata* against B., B. confesses and avoids such estoppel by alleging and proving that A., by representation, has precluded himself from relying upon the *res judicata*. B. does not deny that he is estopped, but insists that A. is estopped from saying so. [...] It is scarcely necessary to add that, if a party can by conduct or inaction estop himself from setting up estoppel *per rem judicatam*, an express contract to disregard any judicial decision which may be given on a specified point affords, a fortiori, a complete affirmative answer to an estoppel based upon such decision».

⁵⁵ *Rogers v The Queen* (1994) 181 CLR 251.

⁵⁶ *Queensland v Commonwealth* (1977) 139 CLR 585, spec. 614: «I think there is no foundation for the proposition that the rule with respect to issue estoppel is merely a rule of evidence. Nothing is, I think, more clear than that an issue estoppel may arise in

In definitiva, appare corretto ritenere che, al pari del giudicato sui diritti soggettivi, la *issue estoppel* costituisca una preclusione processuale o, se si vuole, una limitazione al potere dell'organo giurisdizionale. In ragione del diverso oggetto del giudicato, tuttavia, tale limitazione non impedisce l'instaurazione del rapporto processuale in quanto tale e, pertanto, l'esame del merito della controversia nel suo complesso, ma preclude unicamente la (ri)trattazione delle questioni giuridiche o fattuali già accertate in un precedente contenzioso⁵⁷.

Il rapporto tra efficacia di giudicato ed efficacia probatoria della sentenza assume una diversa connotazione negli ordinamenti di *civil law*, dove, come abbiamo accennato, è generalmente escluso che si possa formare il giudicato sull'accertamento delle situazioni di fatto⁵⁸.

Con ciò non si vuol dire che la sentenza non possa assumere valore di prova (tipica o atipica) all'interno di un successivo procedimento. Se permesso dalle regole processuali applicabili, le parti potranno certamente produrre in giudizio una precedente decisione a sostegno delle loro argomentazioni. Tuttavia, un simile «utilizzo» della sentenza esula dall'ambito della nozione di *res judicata* e, quindi, dall'oggetto del nostro studio.

respect to a question of law just as it may in respect to a question of fact. [...] Unless issue estoppel has to be regarded as no more than a mere branch of *res judicata* properly so called, there does not appear to be any statement to the effect that it is a rule of evidence or a mere rule of evidence. [...] No doubt issue estoppel in relation to an issue of fact may operate so as to affect the evidence in somewhat the same manner or produce the same result, as a rule of evidence might, but that is a very different matter from saying that issue estoppel as such is a mere rule of evidence, which is a quite inadequate description».

⁵⁷ Come si vedrà, peraltro, nei rapporti redatti dalla *International Law Association* per l'individuazione delle norme applicabili in tema di effetti del giudicato nell'arbitrato commerciale internazionale, la *res judicata* nel *common law* inglese (e non solo la *issue estoppel*) è qualificata come *rule of evidence*. Tuttavia, una simile qualificazione non sembra corretta, poiché fondata su una giurisprudenza ormai superata. Cfr. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Interim Report: Res Judicata and Arbitration*, Berlin Conference, 2004, p. 6 e spec. nota 24; cfr. anche K. HOBÉR, *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*, cit., p. 156.

⁵⁸ Tuttavia, come già rilevava il Morelli quasi 70 anni or sono, ciò non ha impedito una certa confusione della giurisprudenza sulla distinzione tra le due nozioni. G. MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1954, p. 284.

Ciò che interessa, infatti, è il valore conclusivo e preclusivo della decisione e non, invece, il suo carattere «persuasivo» o, se si vuole, la sua funzione «probatoria».

4.3. *La questione della rilevabilità ex officio del precedente giudicato*

Se la teoria della *res judicata* opera quale preclusione processuale, che esclude il potere del giudice di conoscere del merito della controversia, o di riconsiderare le questioni giuridiche e fattuali già accertate, occorre domandarsi se alle parti possa essere lasciata la scelta di far valere il precedente giudicato nel nuovo processo o se, al contrario, lo stesso debba in ogni caso essere rilevato *ex officio* dall'autorità giudiziaria.

La risposta a una simile domanda dipende in realtà da una scelta di diritto positivo operata a livello di ogni singolo ordinamento.

Laddove si ritenga che la teoria del giudicato persegua anzitutto interessi di natura pubblica, il giudice sarà tenuto a rilevare d'ufficio l'esistenza della relativa preclusione processuale⁵⁹. Qualora, invece, si ritenga che la *res judicata* serva anzitutto interessi privati, le parti potrebbero rinunciare a far valere il precedente giudicato e, di conseguenza, il giudice non sarebbe tenuto a rilevarne d'ufficio gli effetti preclusivi⁶⁰.

⁵⁹ È questo il caso, ad esempio, dell'ordinamento inglese, cfr. *supra*, in particolare nota 55; dell'ordinamento tedesco, cfr. A. ZEUNER, H. KOCH, *Effects of Judgments*, cit., pp. 13-14; e dell'ordinamento italiano, cfr. Corte di Cassazione, sez. un., 16 giugno 2006, n. 13916, in *Giust. civ. Mass.*, 2006: «L'esistenza del giudicato esterno è, al pari di quella del giudicato interno, rilevabile d'ufficio, non solo qualora emerga da atti comunque prodotti nel giudizio di merito, ma anche nell'ipotesi in cui il giudicato si sia formato successivamente alla pronuncia della sentenza impugnata. Si tratta infatti di un elemento che non può essere incluso nel fatto, in quanto, pur non identificandosi con gli elementi normativi astratti, è ad essi assimilabile, essendo destinato a fissare la regola del caso concreto, e partecipando quindi della natura dei comandi giuridici, la cui interpretazione non si esaurisce in un giudizio di mero fatto. Il suo accertamento, pertanto, non costituisce patrimonio esclusivo delle parti».

⁶⁰ È questo, invece, il caso dell'ordinamento francese, cfr. A. ZEUNER, H. KOCH, *Effects of Judgments*, cit., p. 15; K. HOBÉR, *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*, cit., p. 129.

5. *Prime conclusioni in merito agli aspetti generali della teoria del giudicato*

Pur coscienti delle marcate differenze che si riscontrano nella disciplina del giudicato, nei precedenti paragrafi si sono volute considerare le caratteristiche essenziali della teoria oggetto del presente studio.

Abbiamo preso le mosse dalla nozione di *res judicata*, individuata nei caratteri di definitività, irretrattabilità e vincolatività della decisione passata in giudicato. Si è, quindi, distinto tra le nozioni di «giudicato formale» e di «giudicato sostanziale», per poi occuparsi della duplice natura – sostanziale e processuale – della regiudicata. Si è dato, quindi, conto della differenza tra gli effetti conclusivi e gli effetti preclusivi del giudicato, notando come gli stessi in realtà non siano altro che due facce della stessa medaglia.

Il punto focale dell'analisi condotta in questo capitolo è rappresentato dall'esame degli interessi di natura pubblica e privata perseguiti dalla teoria della *res judicata*. Come si è potuto apprezzare, la definizione degli effetti del giudicato chiama inevitabilmente in causa principi di primario rilievo, quali – nello specifico – le esigenze di economia processuale, di armonia delle decisioni, di tutela del contraddittorio e di rispetto del principio dispositivo. L'individuazione del punto di equilibrio tra tali contrapposti valori dipenderà da un bilanciamento operato a livello di ogni singolo ordinamento giuridico, anche alla luce delle diverse concezioni in merito alla funzione del processo civile⁶¹.

In ultimo, si è considerata la rilevanza processuale della *res judicata*, quale limitazione al potere dell'organo giurisdizionale o, se si vuole, preclusione processuale che impedisce – a seconda dei casi – l'instaurazione del rapporto processuale e quindi l'esame del merito della controversia nel suo complesso, ovvero la ritrattazione delle questioni giuridiche o fattuali già accertate in un precedente giudizio.

⁶¹ Cfr. *supra*, nota 32.

PARTE PRIMA

LA TEORIA DELLA *RES JUDICATA*
NEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI STATALI

CAPITOLO II

GLI EFFETTI DI GIUDICATO DELLE SENTENZE INTERNE

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Gli elementi costitutivi del giudicato. – 2.1. Gli elementi costitutivi del giudicato negli ordinamenti di *civil law*. – 2.2. Gli elementi costitutivi del giudicato negli ordinamenti di *common law*. – 2.3. Aspetti comuni e differenze in merito agli elementi costitutivi del giudicato. – 3. I limiti oggettivi del giudicato. – 3.1. Il primo cerchio concentrico: gli effetti preclusivi nei confronti della situazione soggettiva oggetto del giudizio. – 3.1.1. L'individuazione di un denominatore comune in materia di limiti oggettivi del giudicato. – 3.1.2. L'incerta definizione della nozione di «causa petendi». – 3.1.3. Il diverso approccio al principio del «ne bis in idem»: l'estensione dei limiti oggettivi del giudicato. – 3.2. Il secondo cerchio concentrico: gli effetti preclusivi nei confronti delle questioni di fatto e di diritto pregiudiziali. – 3.2.1. La preclusione delle questioni di fatto e di diritto negli ordinamenti di *civil law*. – 3.2.2. La preclusione delle questioni di fatto e di diritto negli ordinamenti di *common law*. – 3.2.3. Alcune considerazioni in merito alla preclusione delle questioni di fatto e di diritto. – 3.3. Il terzo cerchio concentrico: gli effetti preclusivi nei confronti delle situazioni soggettive connesse a quanto ha formato oggetto del primo giudizio. – 3.4. Considerazioni sintetiche sui limiti oggettivi del giudicato. – 4. I limiti soggettivi del giudicato. – 4.1. Il requisito dell'identità delle parti negli ordinamenti di *civil law*. – 4.2. Il requisito dell'identità delle parti negli ordinamenti di *common law*. – 4.2.1 Il concetto di «privity» e l'estensione dei limiti soggettivi del giudicato. – 4.2.2. Effetti della «issue estoppel» e della «issue preclusion» verso i terzi. – 5. Considerazioni conclusive sulla disciplina nazionale dei limiti del giudicato delle sentenze statali interne.

1. *Considerazioni introduttive*

Come abbiamo visto nel precedente capitolo, la teoria del giudicato persegue una pluralità d'interessi, di natura tanto pubblica quanto priva-

ta. Il bilanciamento operato necessariamente a livello di ogni singolo ordinamento giuridico tra le contrapposte esigenze di economia processuale e armonia delle decisioni, da un lato, e di tutela del contraddittorio e rispetto del principio dispositivo, dall'altro, contribuisce a modellare la funzione della regiudicata nel processo e, di conseguenza, incide sulla disciplina nazionale in materia di oggetto ed effetti del giudicato.

Nondimeno, ogni diritto nazionale può definire in modo diverso il punto di equilibrio tra le esigenze appena richiamate. È, allora, opportuno prendere in esame il ventaglio di opzioni elaborate a livello nazionale con particolare riferimento agli elementi costitutivi e agli effetti di giudicato delle sentenze nazionali.

Tale analisi è essenziale per diversi ordini di ragioni. In primo luogo, essa consentirà di dimostrare come – tanto a livello teorico, quanto a livello pratico – non sia possibile individuare una disciplina uniforme della regiudicata. In secondo luogo, l'esame dei diversi modelli permetterà di identificare i punti comuni nonché le principali differenze nella disciplina positiva del giudicato. Lo studio comparato delle discipline nazionali consentirà, altresì, di apprezzare e meglio comprendere le differenti scelte di principio sottese alla regolamentazione della regiudicata nei diversi sistemi statali. Infine, un'analisi in chiave comparatistica – benché, per forza di cose, limitata a un ridotto numero di ordinamenti giuridici – è sicuramente opportuna perché, come si vedrà più avanti, i tribunali arbitrali potrebbero essere chiamati ad applicare una legge statale al fine di stabilire gli effetti di giudicato delle decisioni che vengono in rilievo nell'arbitrato¹.

È bene evidenziare fin da subito come lo scopo dell'indagine non sia quello di identificare le soluzioni astrattamente più adeguate a regolare il fenomeno del giudicato. Per quanto si vedrà, l'individuazione di una disciplina ideale della *res judicata* è una chimera irraggiungibile, giacché ogni soluzione particolare rappresenta in realtà lo sviluppo coerente di scelte di principio differenti.

Nello specifico – come già indicato – si esamineranno le discipline accolte nel diritto italiano, tedesco, francese, inglese² e nell'ordinamento

¹ K. HOBÉR, *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*, cit., p. 127.

² Come noto, nel Regno Unito coesistono diversi sistemi giuridici: l'ordinamento di

federale degli Stati Uniti d'America³. L'esame dei rispettivi ordinamenti sarà condotto in una prospettiva comparata, al fine di cogliere le caratteristiche strutturali delle diverse discipline nazionali del giudicato, senza dilungarsi nell'esame degli elementi accessori, spesso soggetti a maggiori incertezze in ragione dell'inevitabile eterogeneità di interpretazioni che caratterizzano un tema tanto complesso. Cionondimeno, per limitare il rischio di eccessive semplificazioni e per meglio cogliere i punti di contatto e le differenze tra i diversi ordinamenti, la trattazione non si limiterà a una mera elencazione delle regole nazionali in materia di giudicato, ma si articolerà nell'esame di tre distinte questioni. In prima battuta, si individueranno gli elementi costitutivi del giudicato; in secondo luogo, si esaminerà l'estensione oggettiva degli effetti del giudicato; infine, si considererà l'ambito di efficacia soggettiva delle decisioni.

2. *Gli elementi costitutivi del giudicato*

Prima di esaminare gli effetti prodotti dalla *res judicata*, è opportuno considerare i requisiti e le caratteristiche che deve possedere il provvedimento giudiziale affinché possa qualificarsi come «cosa giudicata». Non tutti gli atti emanati dall'autorità giurisdizionale sono, infatti, idonei a produrre effetti di giudicato.

Inghilterra e Galles (*common law*), l'ordinamento scozzese (che presenta tanto elementi di *civil law* quanto elementi di *common law*) e l'ordinamento dell'Irlanda del Nord (*common law*). Nel presente studio si prenderà in esame unicamente il sistema proprio di Inghilterra e Galles. Peraltro, lo sviluppo del *common law* inglese non è indifferente alla giurisprudenza di altri Stati del *Commonwealth* e, pertanto, non si mancherà di fare riferimento anche ad alcune importanti decisioni, provenienti in particolare dall'ordinamento australiano.

³ Con riferimento all'ordinamento americano si vedano le considerazioni svolte *supra*, Introduzione, nota 2.

2.1. *Gli elementi costitutivi del giudicato negli ordinamenti di civil law*

Nell'ordinamento italiano, sono idonei a produrre effetto di giudicato unicamente gli atti che abbiano la forma e il contenuto della «sentenza». Il provvedimento deve cioè presentare un contenuto decisorio in merito a diritti soggettivi⁴. Di regola, invece, non producono effetti di giudicato le «ordinanze» e i «decreti»⁵.

Pertanto, non tutte le sentenze sono idonee a produrre effetti di giudicato. Anzitutto, occorre distinguere tra «sentenze di rito» e «sentenze di merito». Nel primo caso, il pronunciamento del giudice verte unicamente su questioni processuali e non decide del merito della controversia. Nel secondo caso, invece, il giudice si pronuncia sui diritti soggettivi oggetto di contenzioso. Generalmente si ritiene che le sentenze di rito non producano effetti di giudicato o, meglio, che producano unicamente effetti di «giudicato interno» e, pertanto, non esplicano efficacia al di fuori del processo in cui sono rese⁶.

Bisogna, poi, distinguere tra «sentenze definitive» e «sentenze non de-

⁴ A norma dell'art. 131 c.p.c., la legge stabilisce i casi in cui il giudice pronuncia sentenza. In linea generale, assumono forma di sentenza tutti i provvedimenti con i quali il giudice assume delle decisioni che non hanno mero carattere ordinatorio del procedimento, nel qual caso, invece, l'atto deve assumere la forma dell'«ordinanza». L'art. 132 c.p.c. definisce il contenuto necessario della sentenza. Secondo Menchini, peraltro allorché il provvedimento non abbia forma, ma contenuto di sentenza – e quindi decida dei diritti soggettivi in causa – esso sarà comunque idoneo a produrre gli effetti del giudicato, cfr. S. MENCHINI, A. MOTTO, *Art. 2909 – Cosa giudicata*, cit., p. 33, spec. nota 37.

⁵ Se i procedimenti contenziosi si concludono sempre con una «sentenza» (salvo il caso dell'ordinanza che dichiara l'incompetenza del giudice adito, di cui all'art. 44 c.p.c.), i procedimenti non contenziosi si chiudono generalmente con un «decreto motivato» (salve le ipotesi espressamente previste dal legislatore, in cui il giudice deve comunque pronunciare sentenza, come nei casi di dichiarazione di assenza, dichiarazione di morte presunta, interdizione o inabilitazione).

⁶ A. ZEUNER, H. KOCH, *Effects of Judgments*, cit., p. 21. Peraltro, si ritiene che alcune sentenze di rito, se non idonee a produrre effetti di giudicato sostanziale, esplicano in ogni caso un'efficacia c.d. «panprocessuale». È questo, sicuramente il caso delle sentenze pronunciate dalla Corte di Cassazione, all'esito dei procedimenti di regolamento di competenza. Sulle differenze tra efficacia di giudicato sostanziale e efficacia panprocessuale cfr. S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, cit., p. 419.

finitive». Con la sentenza definitiva il giudice definisce in modo conclusivo la controversia ed esaurisce, quindi, la sua funzione giurisdizionale. Tali provvedimenti sono pacificamente idonei a produrre effetti di giudicato⁷.

Con riferimento alle sentenze non definitive, il discorso è, invece, più complesso. Queste ultime, infatti, non concludono il processo, giacché il giudice decide solamente una parte della controversia; in questo caso occorre distinguere tra l'ipotesi in cui la sentenza non definitiva decida una o più domande⁸ e l'ipotesi in cui questa decida una questione pregiudiziale di rito o di merito. Le prime, comunemente dette «sentenze parziali», avranno la medesima valenza delle sentenze definitive quanto agli effetti di giudicato. Le seconde, propriamente dette «sentenze non definitive», invece, produrranno unicamente effetti endoprocessuali, esplicando efficacia vincolante nei confronti del giudice che le ha rese, ma non producendo alcun effetto di giudicato nei successivi procedimenti⁹.

Infine, producono effetto di giudicato solamente le sentenze che abbiano raggiunto la situazione giuridica espressa dal «giudicato formale»¹⁰. A norma dell'art. 324 c.p.c., s'intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta ai c.d. «mezzi di impugnazione ordinari», e cioè a quei mezzi di impugnazione con cui le parti intendano far valere un vizio palese della sentenza¹¹. Al contrario, la proponibilità dei c.d. «mezzi di impugnazione straordinari» – ovvero i mezzi di impugnazione con cui vengono fatti valere gli eventuali vizi occulti della sentenza – non impedi-

⁷ Ovviamente, non tutte le sentenze definitive produrranno effetti di giudicato nei successivi procedimenti. Laddove, infatti, il giudice rigetti le domande in rito, la sentenza dovrà considerarsi definitiva, ma non produrrà effetti di *res judicata*.

⁸ Ciò può avvenire laddove il processo presenti un cumulo oggettivo di domande.

⁹ Cfr. A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 453-454; ID., *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, 1975, Padova, p. 194 ss.

¹⁰ Cfr. S. MENCHINI, A. MOTTO, *Art. 2909 – Cosa giudicata*, cit., p. 32.

¹¹ Sono «mezzi di impugnazione ordinari»: il regolamento di competenza (artt. 42 e 43 c.p.c.), l'appello (artt. 339 ss. c.p.c.), il ricorso per cassazione (artt. 360 ss. c.p.c.) e la revocazione (art. 395 c.p.c., per i soli motivi di cui ai numeri 4 e 5). Si tratta di mezzi di impugnazione attivabili (solo) dalle parti entro i termini previsti dalla legge, i quali decorrono dal giorno della pubblicazione (termine lungo) o della notificazione (termine breve) della sentenza, poiché le parti intendono far valere un vizio palese del provvedimento.

sce il passaggio in giudicato del provvedimento giudiziale¹².

Nell'ordinamento tedesco, invece, producono effetti di giudicato unicamente le sentenze definitive (*Endurteile*). Le sentenze non definitive (*Zwischenurteile*) – che, peraltro, possono essere adottate in una serie molto limitata di casi – assumono efficacia vincolante solo all'interno del processo in cui sono state rese e non sono idonee a produrre effetti di giudicato nei successivi procedimenti¹³.

In Germania non si distingue tra sentenze di rito e sentenze di merito. Anche le decisioni (definitive) che vertano su questioni processuali sono idonee a produrre effetti di giudicato. Ovviamente, tali effetti si produrranno unicamente con riferimento a quanto effettivamente accertato dal giudice; la qualificazione della sentenza come «di rito» o «di merito» sarà quindi rilevante allo scopo di delimitare l'ambito di efficacia del giudicato¹⁴.

Come in Italia, anche nell'ordinamento tedesco si distingue tra giudicato formale (*formelle Rechtskraft*) e giudicato sostanziale (*materielle Rechtskraft*). Di conseguenza, solo la decisione non più soggetta ai mezzi di impugnazione ordinari può considerarsi cosa giudicata¹⁵.

¹² Sono «mezzi di impugnazione straordinari»: la revocazione (art. 395 c.p.c., per i soli motivi di cui ai numeri 1, 2, 3 e 6) e l'opposizione di terzo (artt. 404 ss. c.p.c.). Si tratta di mezzi di impugnazione attivabili tanto dalle parti, quanto dal terzo che vi abbia interesse, entro i termini previsti dalla legge, che decorrono dal giorno in cui è scoperto il vizio occulto del provvedimento.

¹³ A. ZEUNER, H. KOCH, *Effects of Judgments*, cit., p. 20.

¹⁴ *Ivi*, p. 21. Per quanto, di regola, solo le decisioni che definiscono questioni «di merito» producano effetti di giudicato nei successivi procedimenti, anche in Svizzera si ritiene che le «*décisions processuelles*» – di cui all'art. 59 del Codice di procedura civile svizzero e con le quali la corte rigetti la domanda per carenza dei presupposti processuali – siano idonee a produrre effetti di giudicato, quantomeno con riferimento a ciò che sia stato specificamente deciso dal giudice, cfr. Tribunale Federale svizzero, sentenza 4A_347/2014, par. 4.3.2.2; F. BOHNET, J. HALDY, N. JEANDIN, P. SCHWEIZER, D. TAPPY, *Code de procédure civile commenté*, Basel, 2011, p. 179. Al contrario, le decisioni che interessino aspetti meramente procedurali («*décisions procédurales*») non sono idonee a costituire regiusdicata, cfr. S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit., p. 54.

¹⁵ § 705 del Codice di procedura civile tedesco (*Zivilprozessordnung* – «ZPO»).

Nell'ordinamento francese producono effetti di giudicato solo le decisioni giudiziali rese all'esito di un procedimento contenzioso (*jugement contentieux*)¹⁶.

In linea di principio, la regolarità della decisione non incide sull'autorità di cosa giudicata della sentenza, sempre, però, che i vizi non siano tali da mettere in discussione l'esistenza stessa della decisione¹⁷.

Come nell'ordinamento tedesco, sono idonee a produrre effetti di giudicato tanto le sentenze di rito («jugement qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident») quanto le sentenze di merito («jugement sur le fond»); sempre, come ovvio, con riferimento a quanto effettivamente deciso dal giudice¹⁸.

È tuttavia necessario che la sentenza risolva in modo definitivo la controversia (o, quantomeno, una parte della stessa); le c.d. decisioni interlocutorie («jugements avant dire droit»), infatti, non sono idonee a produrre effetti di giudicato¹⁹.

Diversamente dall'ordinamento italiano e tedesco, la decisione produce gli effetti del giudicato sin dal momento della sua pronuncia. La pendenza dei termini di impugnazione incide unicamente sull'esecutività della sentenza, ma non sospende gli effetti del giudicato. Nell'ordinamento francese si distingue, infatti, tra la nozione di «autorité de chose jugée» e quella di «force de chose jugée». Se la decisione del giudice acquisisce «autorité de chose jugée» dal momento della sua pronuncia, impedendo fin da subito la riproposizione delle medesime domande nei successivi procedimenti²⁰, la stessa diventerà esecutiva – e, cioè, acquisirà «force de chose jugée» – solo

¹⁶ Non producono, invece, effetti di giudicato le decisioni di volontaria giurisdizione (*décisions gracieuses*), cfr. M. DOUCHY-LOUDOT, *Autorité de la chose jugée au civil sur le civil*, in *JurisClasseur – Procédure Civile*, fasc. 554, 24 maggio 2018, par. 28.

¹⁷ *Ivi*, parr. 18 e 54 ss.

¹⁸ Art. 480 *Nouveau Code de Procédure Civile* («c.p.c. francese»); M. DOUCHY-LOUDOT, *Autorité de la chose jugée au civil sur le civil*, cit., par. 55 ss.

¹⁹ Art. 482 c.p.c. francese. Anche nell'ordinamento svizzero, nonostante qualche incertezza della dottrina, si ritiene che i provvedimenti cautelari non siano idonei a produrre effetti di giudicato, cfr. S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit., p. 54.

²⁰ Art. 480 c.p.c. francese.

nel momento in cui non sarà più soggetta a mezzi ordinari e straordinari di impugnazione²¹.

2.2. *Gli elementi costitutivi del giudicato negli ordinamenti di common law*

In Inghilterra è riconosciuta efficacia di giudicato a ogni provvedimento che abbia le caratteristiche di una «decisione giudiziale», indipendente dal *nomen iuris* attribuito all'atto giurisdizionale. In particolare, si ritiene che siano produttivi di effetti di giudicato anche i c.d. «consent judgments»²² nonché le decisioni rese in contumacia²³.

²¹ M. DOUCHY-LOUDOT, *Autorité de la chose jugée au civil sur le civil*, cit., parr. 66-67; S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit., p. 40. Al contrario, in Svizzera la sentenza acquista efficacia di giudicato solo una volta che siano trascorsi i termini per proporre i mezzi ordinari di impugnazione, similmente a quanto avviene in Italia e Germania. Infatti, sebbene anche il diritto svizzero conosca la distinzione tra le nozioni di «autorité de chose jugée» e «force de chose jugée» – dove la prima sta a indicare il carattere vincolante della decisione, mentre la seconda il suo carattere esecutivo – diversamente da quanto avviene in Francia, il momento in cui la sentenza assume «autorité» di cosa giudicata coincide con il momento in cui essa assume «force» di giudicato, cfr. art. 315 c.p.c. svizzero; Tribunale Federale svizzero, sentenza 5A_838/2017, par. 3.1; Tribunale Federale svizzero, sentenza 5A_537/2007, par. 2; S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit., p. 54.

²² Si tratta delle decisioni rese dal giudice sulla base dell'accordo raggiunto dalle parti. Avendo lo scopo di porre fine al contenzioso, alle stesse è riconosciuto valore di «cosa giudicata», cfr. *Re South American and Mexican Co, ex p Bank of England* [1895] 1 Ch 37 CA, spec. 50.

²³ *Kok Hoong v Leong Cheong Kweng Mines Ltd* [1964] AC 993 PC, spec. 1010. Tuttavia, a fronte di una sentenza resa in contumacia, è necessario prestare maggiore cautela nell'identificazione degli effetti di giudicato, in particolare con riferimento alla c.d. «issue estoppel», cfr. G. SPENCER BOWER, A.K. TURNER, K.R. HANDLEY, *The Doctrine of Res Judicata*, cit., p. 19; N. ANDREWS, *English Civil Procedure*, cit., par. 40.23. Diversamente da quanto avviene in altri ordinamenti giuridici, infatti, nell'ordinamento inglese, laddove il convenuto non si costituisca in giudizio entro i termini previsti, il giudice, di regola, accoglie integralmente le domande proposte dall'attore senza necessità di istruire la causa.

La sentenza, inoltre, deve determinare in modo definitivo la materia del contendere. Le sentenze non definitive («interlocutory decisions») non costituiscono, pertanto, «cosa giudicata». A questa regola fanno, tuttavia, eccezione le decisioni rese in corso di causa, che determinino in via definitiva una questione pregiudiziale. In quest'ultimo caso, infatti, anche le sentenze non definitive producono effetti di giudicato nei successivi procedimenti²⁴.

Inoltre, possono qualificarsi come «cosa giudicata» i soli provvedimenti c.d. «di merito». Peraltro, affinché una decisione investa il «merito» della controversia, non è necessario che il provvedimento verta sulla questione sostanziale oggetto di contenzioso. È, infatti, possibile che anche decisioni di carattere processuale «determinino» il merito della controversia e, di conseguenza, producano effetti di giudicato²⁵.

Infine, la decisione acquista efficacia di giudicato sin dal momento in cui è pronunciata. La pendenza dei termini per l'impugnazione, infatti, non impedisce che si producano effetti di giudicato; l'importante, come già detto, è che la sentenza non sia più modificabile dall'autorità che l'ha resa. Laddove, poi, il giudice d'appello accolga l'impugnazione e, per l'effetto, riformi il contenuto della sentenza, la nuova decisione si sostituirà al provvedimento reso dal giudice di prime cure²⁶.

Negli Stati Uniti è idonea a produrre effetti di giudicato la decisione che possa qualificarsi come «valid judgment». In particolare, perché la sentenza possa considerarsi valida, è necessario che essa sia stata resa da un tribunale

²⁴ P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, cit., p. 17; A. ZEUNER, H. KOCH, *Effects of Judgments*, cit., p. 19; *Carl-Zeiss Stiftung v Rayner & Keeler Ltd (No 3)* [1970] Ch 506, spec. 542; *White v Brunton* [1984] QB 570 CA; *Desert Sun Loan Corp v Hill* [1996] C.L.C. 1132, spec. 1142. Sebbene, infatti, la sentenza non concluda il procedimento, con riferimento alla sola questione pregiudiziale decisa, il provvedimento può considerarsi definitivo.

²⁵ P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, cit., p. 18; A. ZEUNER, H. KOCH, *Effects of Judgments*, cit., p. 21; *Desert Sun Loan Corp v Hill* [1996] C.L.C. 1132, spec. 1142. In questo caso, tuttavia, è necessario che la questione processuale determinata dalla corte sia stata oggetto di specifica domanda delle parti.

²⁶ P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, cit., p. 17, spec. nota 55.

competente per territorio²⁷ e per materia²⁸ all'esito di un procedimento in cui alla parte convenuta sia stata dato un termine congruo per costituirsi in giudizio e in cui, più in generale, sia stato rispettato il diritto al contraddittorio. Non rilevano, invece, gli eventuali errori di diritto contenuti nel provvedimento. Anche negli Stati Uniti, di regola, è idonea a produrre effetti di giudicato unicamente la sentenza «definitiva». A mente del *Restatement (Second) Judgments*, una sentenza può considerarsi definitiva laddove non sia «tentative, provisional or contingent and represents the completion of all steps in the adjudication of the claim by the court»²⁹. Qualora la corte si sia riservata in merito a una questione di fondamentale importanza per la soluzione della controversia, ovvero – una volta accertato il danno – abbia rimandato a un momento successivo la quantificazione della somma dovuta a titolo di risarcimento, la sentenza non potrà considerarsi definitiva.

2.3. *Aspetti comuni e differenze in merito agli elementi costitutivi del giudicato*

Come si è visto, l'efficacia di *res judicata* è riconosciuta ai soli provvedimenti giudiziali che svolgono una funzione decisoria. Al contrario, i provvedimenti meramente ordinatori del processo o endoprocessuali non sono idonei a produrre effetti di giudicato.

Ogni ordinamento definisce, poi, in modo differente le caratteristiche specifiche che deve possedere l'atto perché possa essere considerato «cosa giudicata» e quali effetti debbano riconoscersi alle decisioni non definitive o di rito. Anche il momento in cui iniziano a prodursi gli effetti di giudicato varia a seconda delle scelte di diritto positivo assunte dal legislatore in ogni singolo ordinamento nazionale³⁰.

²⁷ Cfr. *Restatement (Second) Judgments*, Sezioni 4-10.

²⁸ Cfr. *Restatement (Second) Judgments*, Sezioni 11-12.

²⁹ Cfr. *Restatement (Second) Judgments*, Sezione 13 e *Asher v Rupp*, U.S. Court of Appeals, Seventh Circuit, 173 F.2d 10, 11 (1949): «[a] final judgment terminates the litigation on the merits and leaves nothing to be done but to enforce by execution what has been determined».

³⁰ Cfr. *supra*, capitolo I, al paragrafo 1.1. Esempio emblematico è l'ordinamento sta-

In ogni caso, il riconoscimento dell'efficacia vincolante della decisione prescinde sempre dalla correttezza (intesa come giustizia e verità) dell'accertamento giudiziale contenuto nel provvedimento. D'altronde, se si considerano gli scopi perseguiti dalla *res judicata*, non potrebbe essere altrimenti; se l'obiettivo principale della teoria in esame è creare certezze circa il modo di essere di una determinata situazione giuridica, una soluzione che riconoscesse forza vincolante ai soli provvedimenti «giusti» impedirebbe nei fatti la realizzazione di tale finalità. Le parti potrebbero, infatti, sottrarsi alla forza vincolante del provvedimento giudiziale semplicemente contestandone la correttezza e, quindi, mettendo nuovamente in discussione la medesima situazione giuridica oggetto di controversia³¹.

3. I limiti oggettivi del giudicato

Si è visto come alla nozione di «*res judicata*» possano teoricamente ricondursi una pluralità di effetti giuridici, spesso anche molto diversi tra di loro³². In particolare, nelle considerazioni introduttive abbiamo ipotizzato che la specifica regolamentazione dei limiti oggettivi del giudicato vari in funzione del diverso bilanciamento tra gli interessi che vengono in rilievo con riferimento al fenomeno in esame³³. Cionondimeno, un'analisi che si limitasse all'esposizione sistematica dei diversi approcci nazionali in tema di giudicato permetterebbe unicamente di attestare una generale mancanza di uniformità tra le discipline accolte nei diversi ordi-

tunite, dove la possibilità di riconoscere effetti di giudicato alla sentenza ancora passibile di impugnazione varia da Stato a Stato, cfr. R.L. MARCUS, M.H. REDISH, E.F. SHERMAN, *Civil Procedure – A Modern Approach*, cit., pp. 1094-1095.

³¹ Cfr. in questo senso A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 468.

³² Secondo l'efficace immagine proposta dalla Corte Suprema del Regno Unito: «*Res judicata is a portmanteau term which is used to describe a number of different legal principles with different juridical origins. As with other such expressions, the label tends to distract attention from the contents of the bottle*». Cfr. *Virgin Atlantic Airways Ltd v Zodiac Seats UK Ltd* [2013] UKSC 46, spec. 17.

³³ Cfr. *supra*, capitolo I, al paragrafo 3.3.

namenti giuridici³⁴; non favorirebbe, invece, la comprensione delle ragioni su cui si fondano le differenti scelte legislative.

Per questa ragione, si ritiene più utile adottare una diversa metodologia d'indagine, che assuma quale punto di partenza l'individuazione e la categorizzazione dei potenziali effetti riconducibili alla teoria della *res judicata*.

Come si è visto nel capitolo I, gli effetti preclusivi del giudicato potrebbero interessare tanto la situazione soggettiva fatta valere con la domanda giudiziale quanto le questioni di fatto o di diritto su cui il giudice ha fondato il proprio convincimento. Quanto, poi, all'effettiva estensione degli effetti preclusivi del giudicato, questi ultimi potrebbero essere circoscritti ai soli diritti soggettivi specificamente azionati dalle parti in giudizio, ovvero estendersi sì da ricomprendere tutti i diritti comunque riferibili alla controversia.

Per gli scopi della presente trattazione, sembra utile classificare gli svariati (possibili) effetti della *res judicata* in tre distinte categorie o, secondo l'efficace immagine suggerita da attenta dottrina, in tre cerchi concentrici che si propagano dal nucleo della decisione, come onde prodotte da un sasso gettato in uno stagno³⁵.

Nel perimetro del primo cerchio, che costituisce il nocciolo duro della teoria della *res judicata*, si collocano gli effetti sugli stati personali e sui diritti soggettivi fatti valere dalle parti in giudizio e su cui è intervenuta la decisione del giudice. Nel secondo cerchio concentrico – dai contorni maggiormente sfumati e dal contenuto più incerto – si collocano, invece, le preclusioni in merito ai rapporti giuridici e di fatto che il giudice ha dovuto prendere in esame per fondare il proprio convincimento in meri-

³⁴ È questa, ad esempio, la conclusione cui pervengono Schaffstein e Hobér all'esito delle rispettive analisi comparate delle discipline nazionali in materia di *res judicata*. Cfr. S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit., p. 60; K. HOBÉR, *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*, cit., p. 190.

³⁵ La prospettiva che intendiamo adottare s'ispira alla metodologia d'indagine proposta Cécile Chainais nel suo studio comparato in tema di *res judicata*. Tuttavia, se ne discosta parzialmente con riguardo alla definizione del contenuto dei tre diversi centri concentrici. Cfr. C. CHAINAIS, *L'autorité de la chose jugée en procédure civile: perspectives de droit compare*, cit., pp. 9-10.

to alla fattispecie sostanziale dedotta in giudizio e che costituiscono, pertanto, i presupposti del provvedimento giurisdizionale. Infine, nel terzo cerchio si collocano i potenziali effetti preclusivi nei confronti dei diritti soggettivi che, per quanto non abbiano formato oggetto di domanda (e, quindi, di giudizio), risultino in un qualche modo connessi alla controversia.

Come si vedrà, sebbene già con riguardo alle preclusioni che si collocano nel primo cerchio non sia possibile riscontrare una reale uniformità di disciplina tra i diversi ordinamenti nazionali, quanto più ci si allontana dal centro tanto più si acuiscono le differenze di approccio tra le discipline considerate.

3.1. *Il primo cerchio concentrico: gli effetti preclusivi nei confronti della situazione soggettiva oggetto del giudizio*

Come si è visto nel capitolo I, la finalità principale perseguita dalla teoria della *res judicata* è anzitutto quella di scongiurare la ripetizione del medesimo processo. In applicazione del principio del *ne bis in idem*, alle parti è preclusa la formulazione di domande che abbiano a oggetto la medesima pretesa giuridica azionata nei confronti della stessa controparte in un precedente procedimento contenzioso.

Seppur con le differenti sfumature di cui si darà conto, tale effetto rappresenta il comune denominatore tra le diverse discipline nazionali in materia di limiti oggettivi del giudicato³⁶. Si vedrà, infatti, come in tutti i sistemi giuridici che si prenderanno in considerazione il giudicato precluda la formulazione di domande «identiche» a quelle già proposte in un precedente giudizio tra le stesse parti. Cionondimeno, con riguardo alla specifica disciplina dei limiti oggettivi del giudicato, gli ordinamenti presi in considerazione presentano regole sensibilmente difformi. Come si ve-

³⁶ Cfr. K.M. CLERMONT, *Res Judicata as a Requisite for Justice*, cit., p. 1082, secondo cui: «A plaintiff who loses cannot sue again on the same claim, and a defendant who loses cannot defend anew. A country could, based on its own policy context, go much farther with the idea of *res judicata*. But every system of justice must accept at least this minimal bindingness for its judgments. Implicit in the nature of adjudication, as ordinarily understood, is the power to give judgments that are binding».

drà, questo dipende da una diversa definizione degli elementi essenziali della domanda giudiziale e, più in generale, da un diverso approccio al principio del *ne bis in idem*.

3.1.1. *L'individuazione di un denominatore comune in materia di limiti oggettivi del giudicato*

Negli ordinamenti di *civil law* il principio del *ne bis in idem* si manifesta anzitutto nell'efficacia negativa riconosciuta al giudicato. Una volta che la decisione abbia acquisito autorità di cosa giudicata, le parti non possono proporre domande che abbiano a oggetto le medesime pretese giuridiche, nel tentativo di rimettere in discussione quanto accertato dal primo giudice³⁷. Il precetto contenuto nel provvedimento giudiziale rappresenta, infatti, la dichiarazione della volontà della legge nel caso concreto³⁸ e, di conseguenza, costituisce – sia per le parti che per l'autorità giudiziaria – un vincolo di fatto insensibile tanto ai successivi mutamenti legislativi quanto all'allegazione di nuovi elementi di prova, emersi anche solo successivamente alla conclusione del primo procedimento³⁹.

Nei fatti, peraltro, le parti contribuiscono in modo sostanziale alla determinazione dei confini entro cui si producono gli effetti preclusivi dell'accertamento giudiziale; alle stesse è riconosciuta una piena autonomia nella definizione dell'oggetto della controversia e, di conseguenza, nell'individuazione della fattispecie concreta su cui andrà poi a incidere la decisione giudiziale⁴⁰. Negli ordinamenti continentali l'oggetto del giudizio corrisponde, infatti, all'oggetto della domanda proposta dall'attore (ed

³⁷ S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, cit., pp. 414-415.

³⁸ G. CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata*, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. II, Milano, 1993, p. 400; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 434; G. VERDE, *Diritto Processuale Civile*, vol. I, Bologna, 2017⁵, p. 246; S. MENCHINI, A. MOTTO, *Art. 2909 – Cosa giudicata*, cit., p. 37.

³⁹ Sempre che la mancata allegazione delle prove al tempo del primo processo non sia dipesa da circostanze totalmente estranee alla sfera di controllo della parte e, ovviamente, solo laddove l'allegazione di nuovi fatti non comporti anche un mutamento della *causa petendi*, cfr. *infra*.

⁴⁰ C. CHAINAIS, *L'autorité de la chose jugée en procédure civile: perspectives de droit compare*, cit., p. 11.

eventualmente delle domande riconvenzionali proposte dal convenuto)⁴¹. Da ciò deriva che l'autorità del giudicato opera normalmente entro i limiti oggettivi che si ricavano dagli elementi costitutivi dell'azione, ovvero sia dal *petitum* e dalla *causa petendi*.

Nell'ordinamento italiano il principio secondo cui gli effetti preclusivi del giudicato si producono innanzitutto con riferimento ai diritti soggettivi fatti valere in giudizio con la domanda giudiziale – e, pertanto, con riguardo alla situazione sostanziale per cui è stata chiesta tutela – può desumersi in via interpretativa dal combinato disposto di diverse disposizioni. Anzitutto, l'art. 24 Cost. riconosce il potere di agire in giudizio per la tutela dei (soli) diritti; l'art. 99 c.p.c. individua nella domanda giudiziale l'atto con cui è possibile far valere in giudizio un proprio diritto; l'art. 112 c.p.c., poi, dispone che il giudice debba pronunciarsi su tutta la domanda ed entro i limiti della stessa e, quindi, su tutti e soli i diritti soggettivi fatti valere in giudizio; infine, l'art. 2909 c.c. prevede che il giudicato si formi con riferimento a quanto accertato dal giudice e, di conseguenza, con riguardo alla decisione resa in merito alla situazione soggettiva per cui le parti hanno chiesto tutela giuridica. Dalla lettura di questi dati normativi la dottrina ricava che «sussiste piena corrispondenza tra oggetto della domanda, del processo e della pronuncia»⁴². L'oggetto della domanda è, poi, pacificamente individuato con riferimento ai suoi elementi costitutivi e, cioè, *petitum* e *causa petendi*⁴³.

Il Codice di procedura civile tedesco riconosce autorità di *res judicata* alle sole decisioni in cui il giudice abbia statuito in merito alle domande proposte dalle parti⁴⁴, di modo che gli effetti preclusivi del giudicato si

⁴¹ Il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato è sancito a livello di diritto positivo dall'art. 112 c.p.c. italiano, dall'art. 5 c.p.c. francese, dalla § 308 ZPO e dall'art. 58 c.p.c. svizzero.

⁴² S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, cit., p. 429.

⁴³ A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 128; Corte di Cassazione, sez. II, 5 febbraio 2016, n. 2300, in *Giust. civ. Mass.*, 2016; Corte di Cassazione, sez. I, 27 gennaio 2006, n. 1760, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 2; Corte di Cassazione, sez. II, 27 agosto 2002, n. 12564, in *Giust. civ. Mass.*, 2002; Corte di Cassazione, sez. I, 29 settembre 1954, n. 3165, in *Giur. It.*, 1955, I, p. 756.

⁴⁴ La § 322 ZPO prevede, infatti, che: «Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit

producano unicamente con riferimento alla situazione soggettiva che ha formato oggetto di cognizione nel processo (*Streitgegenstand*)⁴⁵. La determinazione dello *Streitgegenstand* dipenderà in buona sostanza dalla specifica tutela giuridica richiesta in giudizio e, di conseguenza, dalle domande avanzate dalle parti. Al fine di valutare l'identità delle azioni, sarà, pertanto, necessario considerare l'oggetto delle domande giudiziali⁴⁶.

Ancor più esplicito è il legislatore francese, il quale dispone espressamente che l'autorità del giudicato copra unicamente quanto ha formato oggetto di giudizio. Per l'individuazione dei limiti del giudicato, l'art. 1355, comma 2 del *code civil* prevede il requisito della c.d. «triple identité» di parti, oggetto e causa della domanda⁴⁷. L'assenza di anche uno solo di questi elementi impedisce che si producano gli effetti preclusivi della *regiudicata*⁴⁸.

Anche nei sistemi giuridici di *common law* il giudicato produce effetti

fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist».

⁴⁵ A. ZEUNER, H. KOCH, *Effects of Judgments*, cit., p. 24.

⁴⁶ K. HOBÉR, *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*, cit., p. 131. Soluzione simile si ritrova anche nell'ordinamento federale svizzero. L'art. 59, comma 2, lett. e), c.p.c. – nelle versioni francese e tedesca – prevede quale presupposto processuale per l'esame del merito della controversia l'assenza di una decisione legalmente vincolante con riferimento alla materia oggetto di contenzioso. In particolare, in assenza di più specifiche indicazioni da parte del legislatore federale, la giurisprudenza ha stabilito come le preclusioni derivanti dalla teoria della *res judicata* possano operare solo laddove vi sia identità tra le situazioni giuridiche soggettive azionate in giudizio dalle parti («*Streitgegenstand*» o «*Object du litige*») e, cioè, quando le domande presentino lo stesso *petitum* e siano fondate sulla medesima *causa petendi*, cfr. Tribunale Federale svizzero, sentenza 8C_79/2013, del 25 luglio 2013, par. 2.1; Tribunale Federale svizzero, sentenza 4C_314/2004 del 17 novembre 2004, par. 1.3; Tribunale Federale svizzero, sentenza 4C_430/1999 del 27 marzo 2000, par. 1, lett. a).

⁴⁷ L'art. 1355 del *code civil* prevede che: «L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité». Per l'individuazione della nozione di «*cause*» rilevante ai fini della delimitazione degli effetti del giudicato cfr. *infra*, capitolo II, al paragrafo 3.1.2.

⁴⁸ M. DOUCHY-LOUDOT, *Autorité de la chose jugée au civil sur le civil*, cit., par. 127.

preclusivi con riguardo alla situazione soggettiva oggetto della controversia. In particolare, in tali ordinamenti il principio del «*ne bis in idem*» si traduce nelle teorie della «cause of action estoppel» e «merger in rem judicatam» (nell'ordinamento inglese) o nella teoria della «claim preclusion» (nell'ordinamento federale statunitense).

Come suggerito dal nome, nell'ordinamento inglese la «cause of action estoppel» impedisce la riproposizione di azioni che siano fondate sulla medesima *causa petendi* già decisa in un precedente contenzioso⁴⁹. La teoria del «merger in rem judicatam» comporta invece che la *causa petendi* posta a fondamento di una decisione favorevole al soggetto che ha presentato la domanda si «trasfonda» nel provvedimento giudiziale e, per l'effetto, si estingua, sì da non poter più essere posta a fondamento di una nuova azione, evitando in tal modo ogni possibile duplicazione del contenzioso.

Sebbene le corti di *common law* applichino la teoria della *res judicata* fin da tempi antichi⁵⁰, la prima definizione della nozione di «cause of action estoppel» è stata fornita da Lord Diplock nel caso *Thoday v Thoday*: «“Cause of action estoppel” is that which prevents a party to an action from asserting or denying, as against the other party, the existence of a particular cause of action, the non-existence or existence of which has been determined by a court of competent jurisdiction in previous litigation between the same parties. If the cause of action was determined to exist, *i.e.*, judgment was given upon it, it is said to be merged in the judgment, or, for those who prefer Latin, transit *in rem judicatam*. If it was determined not to exist, the unsuccessful plaintiff can no longer assert that it does; he is estopped *per rem judicatam*. This is simply an application of the rule of public policy expressed in the Latin maxim *Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*. In this application of the maxim “*causa*” bears its literal Latin meaning»⁵¹.

Peraltro, la giurisprudenza successiva ha avuto modo di precisare co-

⁴⁹ Anche in questo caso il vincolo che sorge dal giudicato è insensibile all'eventuale allegazione di nuove prove, laddove la mancata presentazione delle stesse al tempo del primo processo non sia dipesa da circostanze totalmente estranee alla sfera di controllo della parte. Cfr. *Arnold v National Westminster Bank Plc.* [1991] 2 AC 93, spec. 98, HL.

⁵⁰ Cfr. *Ferrer v Arden*, (1598) 77 ER 263, 266, KB.

⁵¹ *Thoday v Thoday* [1964] 181 CA, 197.

me – affinché operi la *cause of action estoppel* – non sia sufficiente una semplice identità di *causae petendi* tra la prima e la seconda domanda, ma risulti altresì necessario verificare l'identità delle parti e dell'oggetto («subject matter») del processo⁵².

Nel diritto federale degli Stati Uniti gli effetti di *res judicata* in esame sono generalmente ascrivibili alla teoria della «claim preclusion», i cui contorni sono delineati dalle Sezioni 17-29 del *Restatement (Second) of Judgments*. In particolare, gli effetti preclusivi del giudicato sono individuati dalle nozioni di «merger» e «bar». Laddove l'esito della controversia sia favorevole alla parte che ha proposto la domanda giudiziale, il diritto vantato in giudizio («claim») si estingue e si trasfonde («merge») nella decisione; ciò rende impossibile l'apertura di un nuovo contenzioso sulla medesima situazione giuridica soggettiva. La Sezione 17(1) del *Restatement (Second) of Judgments* prevede infatti che: «If the judgment is in favor of the plaintiff, the claim is extinguished and merged in the judgment and a new claim may arise on the judgment»⁵³. Laddove, invece, l'esito della controversia sia favorevole alla parte che ha resistito in giudizio, colui che ha proposto la domanda giudiziale non potrà agire nuovamente in giudizio per la tutela della medesima situazione giuridica («bar») ⁵⁴.

In sintesi, l'analisi comparata dei diversi ordinamenti giuridici dimostra come l'estensione oggettiva degli effetti preclusivi della pronuncia giudiziale ricalchi, in buona sostanza, i contorni delle domande proposte in giudizio dalle parti.

3.1.2. *L'incerta definizione della nozione di «causa petendi»*

Come detto, il giudicato preclude la formulazione di domande identiche a quelle già proposte in un precedente giudizio. Tuttavia, l'effettiva estensione dei limiti oggettivi del giudicato varia sensibilmente tra le diverse discipline degli ordinamenti considerati in ragione, anzitutto, di una differente caratterizzazione degli elementi essenziali della domanda giudiziale.

⁵² Cfr. *Arnold v National Westminster Bank Plc.* [1991] 2 A.C. 93, spec. 104, HL.

⁵³ Cfr. anche §§ 18 e 21 *Restatement (Second) of Judgments*.

⁵⁴ Cfr. Sezione 17(2), *Restatement (Second) of Judgments*: «if the judgment is in favor of the defendant, the claim is extinguished and the judgment bars a subsequent action on that claim».

Se la qualificazione del *petitum* non suscita particolari problematiche⁵⁵, la definizione di *causa petendi* appare – già all'interno dei singoli ordinamenti giuridici – meno pacifica.

Come evidenziato da attenta dottrina, negli ordinamenti di *civil law*, le incertezze che accompagnano l'individuazione della nozione di *causa petendi* riflettono un'antica tensione tra due visioni antitetiche in merito a ciò che dovrebbe costituire l'«oggetto» della controversia. A una concezione più soggettiva, che identifica l'oggetto del processo con le argomentazioni giuridiche dedotte in giudizio dalle parti ed effettivamente dibattute in corso di causa, si contrappone una diversa visione che disegna i contorni della controversia avendo riguardo all'intera situazione soggettiva che emerge dagli elementi fattuali dedotti in giudizio dalle parti⁵⁶.

In particolare, nell'ordinamento italiano la *causa petendi* è generalmente identificata con il fatto costitutivo posto a fondamento della domanda giudiziale. Peraltro, secondo l'opinione concorde della dottrina e della giurisprudenza, la mera variazione del *nomen iuris* della pretesa giuridica azionata dalle parti non comporta il mutamento della domanda⁵⁷.

Tale definizione, tuttavia, non risolve tutti i dubbi in merito all'individuazione del contenuto della nozione di *causa petendi*. Sulla scorta di un vivace dibattito che ha avuto origine in Germania, infatti, la scienza processualista italiana ha sviluppato diverse interpretazioni della nozione

⁵⁵ La nozione di *petitum* corrisponde a quanto richiesto dalle parti. Esso si compone di «*petitum immediato*» – e cioè il provvedimento specifico richiesto all'autorità giudiziale – e «*petitum mediato*» – ovverosia il bene della vita che la parte desidera conseguire all'esito del processo. Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1950. È, peraltro, pacifico che la decisione giudiziale precluda anche la proposizione di domande che presentino un *petitum* specularmente contrario alla precedente statuizione. Cfr. S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, cit., pp. 414-415.

⁵⁶ C. CHAINAIS, *L'autorité de la chose jugée en procédure civile: perspectives de droit compare*, cit., p. 18.

⁵⁷ A. MOTTO, *Concorso di fattispecie*, ne bis in idem e ordine di esame delle questioni di rito, in *Riv. arb.*, 2012, p. 340 ss. Nello stesso senso, in giurisprudenza, cfr. *ex multis* Corte di Cassazione, sez. II, 10 maggio 2018, n. 11289, in *Giust. civ. Mass.*, 2018; Corte di Cassazione, sez. lav., 24 luglio 2012, n. 12943, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, p. 9; Corte di Cassazione, sez. III, 20 aprile 2010, n. 9325, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, p. 5; Corte di Cassazione, sez. III, 6 marzo 2006, n. 4804, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 3.

di «fatto costitutivo»⁵⁸. Secondo una certa ricostruzione – che prende il nome di «teoria della sostanziazione» – essa dovrebbe coincidere con i «fatti giuridici» allegati dalla parte a fondamento delle proprie pretese. A mente di una diversa dottrina – che prende, invece, il nome di «teoria dell'individuazione» – il fatto costitutivo dovrebbe individuarsi nel rapporto giuridico posto a fondamento della domanda giudiziale⁵⁹.

Dal canto suo, invece, la giurisprudenza – pur affermando che la nozione di *causa petendi* non coincide con le ragioni giuridiche addotte a fondamento dell'azione, bensì con le circostanze di fatto poste alla base della pretesa avanzata in giudizio – appare orientata nel senso di circoscrivere l'ambito della cognizione del giudice alle sole conseguenze giuridiche che le parti hanno inteso trarre dall'insieme dei fatti allegati⁶⁰.

Il non sopito dibattito in merito all'identificazione della nozione di *causa petendi* ha occupato anche la dottrina francese e tedesca⁶¹. In parti-

⁵⁸ F. CARBONARA, *Questioni di merito e di idoneità al giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 671, spec. nota 567.

⁵⁹ Cfr. *ex multis* E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, spec. p. 146 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 197 ss.; G.F. RICCI, *«Individuazione» o «sostanziazione» nella riforma del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 1127 ss. Tra i sostenitori della teoria della sostanziazione è, altresì, dibattuto cosa si debba intendere per «fatto giuridico»; se il semplice evento storico inteso in senso naturalistico dal quale la parte che ha formulato la domanda pretende che derivi una data conseguenza giuridica, ovvero la fattispecie legale, intesa come l'insieme degli elementi di fatto e di diritto su cui si fonda il diritto fatto valere in giudizio. Sul punto, tuttavia, Mandrioli osserva come «l'accadimento storico non ha significato, agli effetti dell'individuazione della domanda, se non riferito a una fattispecie giuridica e che viceversa la fattispecie giuridica non può concretare la domanda se non riferita a determinati fatti nel senso di concreti accadimenti storici», cfr. C. MANDRIOLI, A. CARATTA, *Diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 2017, p. 180.

⁶⁰ Cfr. *ex multis* Corte di Cassazione, sez. lav., 25 giugno 2018, n. 16688, in *Giust. civ. Mass.*, 2018; Corte di Cassazione, sez. II, 9 dicembre 2014, n. 25918, in *Dir. giust.*, 2014; Corte di Cassazione, sez. II, 2 marzo 2006, n. 4598, in *Giust. civ. Mass.*, 2006.

⁶¹ Come detto, le teorie della sostanziazione e dell'individuazione affondano le loro radici nella letteratura giuridica germanica. Tuttavia, l'eco di tale dibattito dottrinale sembra in parte superato dalla giurisprudenza. Come regola generale, infatti, si ritiene che l'identità della causa debba essere verificata sulla scorta degli elementi fattuali allegati dalle parti. Laddove, quindi, le due domande si fondino su basi giuridiche differenti, ma

colare, a fronte del silenzio del legislatore, nella letteratura giuridica d'olttralpe è emersa una pluralità di orientamenti.

Secondo una più risalente dottrina, la causa dell'azione si dovrebbe identificare con i principi giuridici su cui si fonda la domanda. Una diversa ricostruzione individua, invece, la causa nel complesso dei fatti allegati dalle parti a sostegno delle loro pretese giuridiche. In forza del principio *iura novit curia*, infatti, l'individuazione delle norme giuridiche applicabili alla controversia rientra tra le prerogative del giudice e, pertanto, non dovrebbe assumere rilievo la qualificazione giuridica proposta dalle parti⁶². A mente di un diverso orientamento, invece, la causa dovrebbe indentificarsi con l'insieme dei fatti giuridicamente qualificati dalle parti⁶³. Infine, la dottrina più autorevole ha suggerito di distinguere la nozione di causa rilevante ai fini della delimitazione dei poteri e doveri del giudice in corso di causa («l'office du juge») dalla nozione di causa rilevante ai fini della delimitazione degli effetti oggettivi del giudicato. Se la prima s'identifica con l'insieme dei fatti allegati dalle parti, la seconda dovrebbe, invece, individuarsi con riferimento agli elementi di fatto e di diritto che siano stati effettivamente oggetto di cognizione all'interno del processo⁶⁴.

La diversa qualificazione della nozione di «fatto costitutivo» si riflette inevitabilmente sull'estensione dei limiti oggettivi del giudicato. Nella prospettiva propria della teoria della sostanziazione, laddove a fondamen-

siano dedotte in giudizio le medesime circostanze di fatto (e, chiaramente, il *petitum* sia identico), in linea di principio, la nuova azione dovrebbe ritenersi preclusa. È questo, ad esempio, il caso in cui in un primo processo l'attore domandi il risarcimento di un danno secondo i canoni della responsabilità contrattuale e, vedendosi rigettata la domanda, instauri un nuovo contenzioso, invocando questa volta la disciplina della responsabilità aquiliana. Cfr. A. ZEUNER, H. KOCH, *Effects of Judgments*, cit., p. 25.

⁶² H. MOTULSKY, *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge*, in *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Paris, 1973, (ristampa del 2010), p. 101.

⁶³ H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Paris, 1956 (ristampa del 2011), p. 250; J. MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige*, in *Sem. jur.*, éd. G, 1977, n. 43.

⁶⁴ Cfr. H. MOTULSKY, *Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile*, in *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Paris, 1973, (ristampa del 2010), p. 201; M. DOUCHY-LOUDOT, *Autorité de la chose jugée au civil sur le civil*, cit., par. 168.

to delle proprie pretese la parte invochi un diverso fatto giuridico, il precedente giudicato non impedirebbe l'instaurazione di un nuovo contenzioso a tutela del medesimo diritto soggettivo azionato nel primo processo. Al contrario, gli effetti oggettivi del giudicato coprirebbero tutti gli (eventuali) diritti che potrebbero scaturire dal medesimo fatto giuridico posto a fondamento della prima domanda giudiziale. Secondo la teoria dell'individuazione, invece, il giudicato si formerebbe con riferimento al solo diritto per il quale è stato richiesto l'intervento dell'autorità giudiziale, ma non precluderebbe, invece, l'instaurazione di nuovi contenziosi a tutela degli (eventuali) altri diritti soggettivi originati dal medesimo fatto giuridico fatto valere nel primo giudizio⁶⁵.

Nei sistemi di *common law* l'individuazione della *causa petendi* sembra sollevare meno problematiche; la nozione è, infatti, interpretata in modo decisamente più ampio⁶⁶.

Nell'ordinamento inglese si ritiene che la *cause of action* coincida con le circostanze di fatto poste a fondamento dell'azione⁶⁷. Da un dato evento della vita deriva un'unica *cause of action*, indipendentemente dai motivi di diritto invocati a sostegno della pretesa giuridica azionata in giudizio. I contorni della causa sono, pertanto, tracciati alla luce di elementi oggettivi

⁶⁵ G.F. RICCI, «Individuazione» o «sostanziazione» nella riforma del processo civile, cit., spec. pp. 1134-1135. Nel caso in cui, invece, da un dato fatto giuridico origini un unico diritto soggettivo (e viceversa) l'adesione alla teoria dell'individuazione piuttosto che a quella della sostanziazione non produrrà conseguenze con riferimento all'estensione degli effetti oggettivi del giudicato.

⁶⁶ Nonostante vi siano esempi di come la dottrina più risalente non sia rimasta totalmente sorda al dibattito che ha impegnato – e impegna tuttora – la letteratura degli ordinamenti di *civil law*. Cfr. S.A. HARRIS, *What is a Cause of Action?*, in *California L. Rev.*, 1923, p. 459 ss.

⁶⁷ Cfr. *Letang v Cooper* [1965] 1 Q.B. 232, spec. 243-244: «A cause of action is simply a factual situation the existence of which entitles one person to obtain from the court a remedy against another person». Nello stesso senso, *Cooke v Gill* (1873) 8 CP 107, spec. 116; *Republic of India v India Steamship Co Ltd* [1993] AC 410, spec. 419; *Ord v Upton* [2000] Ch. 352, spec. 369; *Hayes v Butters* [2015] Ch. 495, spec. 502; *Blue Tropic Ltd v Chkhartishvili* [2016] EWCA Civ 1259. Al fine di determinare l'identità delle *causes of action*, una giurisprudenza più risalente suggeriva di considerare le prove che vengono in rilievo nei due distinti procedimenti, cfr. *Brunsdon v Humphrey* (1884) 14 Q.B.D. 141, spec. 146.

vi, di per sé indipendenti dalla specifica qualificazione giuridica operata dalla parte o dal giudice dei diritti azionari⁶⁸.

Nell'ordinamento federale statunitense, invece, la nozione di *causa pendendi* coincide con l'intero rapporto giuridico oggetto del giudizio. La Sezione 24 del *Restatement (second) of Judgment* prevede, infatti, che: «When a valid and final judgment rendered in an action extinguishes the plaintiff's claim pursuant to the rules of merger or bar, the claim extinguished includes all rights of the plaintiff to remedies against the defendant with respect to all or any part of the transaction, or series of connected transactions, out of which the action arose».

Il semplice fatto che in un successivo procedimento siano proposte argomentazioni giuridiche differenti non esclude, pertanto, l'identità della *claim*; ai fini dell'applicazione della teoria della *res judicata*, il secondo giudice dovrà verificare se il nuovo processo si fondi o meno sul medesimo rapporto giuridico e, quindi, se condivida con il precedente contenzioso lo stesso nucleo di elementi fattuali⁶⁹.

Tale definizione, invero molto ampia, risponde al principio secondo cui una controversia deve essere risolta in un unico procedimento e non può, invece, essere frazionata in una pluralità di contenziosi, in ragione della (più o meno ampia) qualificazione giuridica proposta dalle parti⁷⁰.

⁶⁸ N. ANDREWS, *English Civil Procedure*, cit., par. 40.12; G. SPENCER BOWER, A.K. TURNER, K.R. HANDLEY, *The Doctrine of Res Judicata*, cit.; A. ZEUNER, H. KOCH, *Effects of Judgments*, cit., pp. 34-35.

⁶⁹ Cfr. *U.S. v Tohono O'Odham Nation*, U.S. Supreme Court, 563 U.S. 307 (2011); *Nevada v U.S.*, U.S. Supreme Court, 463 U.S. 110 (1983); *SimpleAir, Inc. v Google LLC*, U.S. Court of Appeals, Federal Circuit, 884 F.3d 1160 (2018); *Ashbourne v Hansberry*, U.S. Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 894 F.3d 298 (2018); *Capitol Hill Group v Pillsbury, Winthrop, Shaw, Pittman, LLC*, U.S. Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 569 F.3d 485 (2009); *Apotex, Inc. v Food & Drug Admin.*, U.S. Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 393 F.3d 210 (2004); *Soules v Connecticut, Department of Emergency Services and Public Protection*, U.S. Court of Appeals, Second Circuit, 882 F.3d 52 (2018); *Sims v City of Madisonville*, U.S. Court of Appeals, Fifth Circuit, 894 F.3d 632 (2018); *Kilburn-Winnie v Town of Fortville*, U.S. Court of Appeals, Seventh Circuit, 891 F.3d 330 (2018); *Daewoo Electronics America Inc. v Opta Corporation*, U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit, 875 F.3d 1241 (2017).

⁷⁰ Cfr. A. ZEUNER, H. KOCH, *Effects of Judgments*, cit., p. 34.

In definitiva, sebbene si possa rilevare una certa convergenza tra i diversi ordinamenti verso una concezione «fattuale» della *causa petendi*, le interpretazioni della nozione in esame appaiono tuttora significativamente discordanti.

3.1.3. *Il diverso approccio al principio del «ne bis in idem»: l'estensione dei limiti oggettivi del giudicato*

Come abbiamo visto nel precedente paragrafo, sebbene tutti gli ordinamenti riconoscano alla decisione giudiziale un'efficacia preclusiva che impedisce la ripetizione del medesimo processo, la definizione più o meno ampia della nozione di *causa petendi* si riflette inevitabilmente sull'estensione degli effetti del giudicato.

Tali differenze non sono il semplice prodotto di una diversa evoluzione del diritto processuale dei sistemi presi in esame. A ben vedere, infatti, le discordi interpretazioni della nozione di *causa petendi* rispecchiano una differenza di approccio al principio del *ne bis in idem*, determinata, a sua volta, da un diverso bilanciamento tra gli interessi che vengono in rilievo con riguardo alla teoria della *res judicata*⁷¹.

Dalla considerazione dei sistemi esaminati, sembra possibile individuare due distinti modelli. Da un lato, i sistemi di *civil law* appaiono maggiormente propensi ad assicurare una tutela più pervasiva del diritto al contraddittorio nonché una maggior corrispondenza tra il «chiesto» e il «pronunciato» – principio che negli ordinamenti di tradizione continentale rappresenta un valore cardine del processo civile – e, di conseguenza, a fornire un'interpretazione restrittiva di ciò che costituisce oggetto della decisione, di modo che gli effetti preclusivi della sentenza si producono unicamente con riferimento a ciò che ha formato oggetto di discussione nel corso del processo o, detto altrimenti, che è stato «effettivamente» giudicato. Al contrario, i sistemi di *common law* appaiono maggiormente inclini a privilegiare gli interessi di economia processuale e, pertanto, a fornire un'interpretazione estensiva della nozione di *causa petendi*, di gui-

⁷¹ Cfr. K.M. CLERMONT, *Res Judicata as a Requisite for Justice*, cit., p. 1082, secondo cui: «The country's implementing law would have to define the dimensions of the claim that is to be precluded. [...] Within reason the dimensions of the thing precluded could be narrow or broad, according to the dictates of policy as the country sees them».

sa che gli effetti del giudicato si producono non solo con riguardo a quanto ha formato oggetto di cognizione nel corso del processo, ma altresì nei confronti di tutte le pretese giuridiche che le parti avrebbero potuto avanzare con riferimento alle medesime circostanze fattuali.

Nello specifico, nell'ordinamento italiano e nell'ordinamento tedesco⁷² la qualificazione giuridica della controversia proposta dalle parti riveste un ruolo marginale. La mera variazione del *nomen iuris* del diritto azionato in giudizio, infatti, non comporta il mutamento della domanda. Allo stesso modo, non rileva se il giudice sia pervenuto alla decisione in base all'accoglimento dei motivi di diritto proposti nella domanda giudiziale, ovvero in forza di differenti argomentazioni giuridiche. L'individuazione del diritto coperto da giudicato – e, quindi, del bene della vita tutelato dalla pronuncia giudiziale – dipende, infatti, dallo specifico fatto costitutivo allegato. Come detto, la dottrina italiana e tedesca hanno mostrato qualche incertezza con riferimento alla definizione della nozione di «fatto costitutivo»⁷³. Nondimeno, la giurisprudenza è concorde nell'affermare che nell'ambito di tale nozione debbano essere ricomprese tutte le possibili ragioni della sua affermazione o contestazione, con l'unica eccezione di quelle che dipendono da eventi non deducibili in corso di causa, poiché verificatisi successivamente all'ultimo momento utile per la loro allegazione⁷⁴. In altre parole, il giudicato copre tanto le ragioni giuridiche effettivamente invocate dalle parti, quanto le diverse argomentazioni che queste ultime avrebbero potuto proporre a sostegno della pretesa giuridi-

⁷² Come visto, nell'ordinamento tedesco, la nozione di causa assume una connotazione spiccatamente fattuale. Di conseguenza, il giudicato preclude la proposizione di nuove domande che, benché fondate su basi giuridiche differenti, interessino le medesime circostanze di fatto e siano dirette a incidere sull'identica situazione soggettiva già decisa nel precedente processo. Laddove, quindi, in un successivo procedimento siano invocati motivi di diritto differenti, ma siano dedotte in giudizio le medesime circostanze (e, chiaramente, il *petitum* sia identico) la nuova azione dovrà ritenersi preclusa. Cfr. K. HOBÉR, *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*, cit., p. 133.

⁷³ Cfr. *supra*, nota 59.

⁷⁴ Da ciò, peraltro, deriva il principio secondo cui il giudicato preclude la formulazione di domande che rappresentino l'esatto opposto di quelle già proposte in un precedente procedimento. Cfr. *ex multis* Corte di Cassazione, sez. III, 15 febbraio 2018, n. 3702, in *Giust. civ. Mass.*, 2018.

ca azionata in giudizio⁷⁵. Di conseguenza, il giudicato rende incontestabile l'attribuzione del bene della vita compiuta dalla sentenza e, quindi, impedisce l'instaurazione di un nuovo contenzioso in cui siano fatti valere «fondamenti costitutivi, ovvero fatti impeditivi, modificativi o estintivi non soltanto già allegati nel primo processo e respinti, ma anche, benché deducibili, non dedotti»⁷⁶.

Ai fini dell'applicazione della teoria della *res judicata*, pertanto, il giudice sarà tenuto a verificare che il contenuto della nuova azione non sia identico o incompatibile con la tutela della situazione soggettiva richiesta nel primo processo, indipendentemente dalle ragioni giuridiche invocate nella rispettiva domanda giudiziale e poste a fondamento della decisione.

Si potrebbe essere portati a pensare che una simile estensione degli effetti del giudicato, tale da precludere la riproposizione di domande fondate non solo sui motivi di diritto effettivamente dedotti in giudizio, ma anche su quelli meramente deducibili nel primo procedimento, rappresenti un'eccezione al principio della domanda e si traduca, di riflesso, in una limitazione del diritto al contraddittorio.

⁷⁵ Corte di Cassazione, sez. un., 19 ottobre 1990, n. 10178, in *Giust. civ.*, 1991, p. 599: «Con la formula che il giudicato copre il dedotto ed il deducibile, si riafferma il peculiare principio secondo cui la decisione giudiziale si forma con riferimento al bene della vita preteso e non già alle questioni trattate. Pertanto nell'applicare i principi sull'identificazione delle azioni l'interprete deve attentamente valutare se il risultato giuridico-pratico sostanziale già ottenuto dalla parte, ovvero ad essa negato con decisione non più impugnabile, sia stato già oggetto di tale decisione, nel qual caso non può l'interessato reclamare di nuovo lo stesso risultato sia pure in base a differenti deduzioni giuridiche o di fatto, posto che l'affermazione della volontà della legge in relazione al caso concreto ha già avuto luogo e non può essere effettuata una seconda volta». Cfr. anche *ex multis* Corte di Cassazione, sez. lav., 30 ottobre 2017, n. 25745, in *Giust. civ. Mass.*, 2018; Corte di Cassazione, sez. II, 30 settembre 2013, n. 22316, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Corte di Cassazione, sez. lav., 26 giugno 2009, n. 15093, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 6; Corte di Cassazione, sez. lav., 1 dicembre 1994, n. 10279, in *DeJure.it*; Corte di Cassazione, sez. un., 21 aprile 1989, n. 1892, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, p. 4; Corte di Cassazione, sez. III, 8 giugno 1979, n. 3265, in *Giust. civ.*, 1979, p. 1622; Corte di Cassazione, sez. III, 22 maggio 1979, n. 2969, in *Giust. civ. Mass.*, 1979. Nello stesso senso, nell'ordinamento tedesco, cfr. *Bundesgerichtshof*, IVb ZR 19/89 del 13 dicembre 1989 (BGH NJW 1990, 1795).

⁷⁶ S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, cit., p. 444.

In effetti, una volta intervenuta la decisione, alle parti sarà preclusa la riproposizione della medesima domanda ancorché fondata su motivi di diritto non considerati nel primo procedimento. Tuttavia, la regola secondo cui il giudicato preclude tanto il dedotto quanto il deducibile deve essere letta alla luce dei poteri del giudice nel processo e, segnatamente, del principio *iura novit curia*. Infatti, se è vero che il giudice è tenuto a decidere sulla base dei fatti allegati o che emergono dalle risultanze probatorie, è altrettanto vero che nell'individuazione delle norme giuridiche applicabili l'autorità giudiziaria non è vincolata alle deduzioni delle parti; anzi, qualora ritenga che queste ultime abbiano commesso un errore nell'indicazione degli elementi di diritto rilevanti, il giudice ha il potere-dovere di individuare le norme appropriate, assegnando così una diversa qualificazione giuridica al rapporto dedotto in lite⁷⁷. In questi casi, a tutela del diritto al contraddittorio, alle parti sarà assegnato un termine per proporre le rispettive osservazioni⁷⁸.

Di conseguenza, sebbene nell'ordinamento italiano e nell'ordinamento tedesco gli effetti preclusivi della *res judicata* si estendano anche al «deducibile», il sistema rimane attento – quantomeno sul piano formale – alla tutela del diritto di difesa e al rispetto del contraddittorio. In linea di principio, infatti, l'estensione del giudicato coincide con quanto è stato effettivamente oggetto del processo e, dunque, anche solo implicitamente oggetto di giudizio. In altre parole, se nel nuovo giudizio è preclusa la deduzione di argomentazioni giuridiche non considerate nel primo procedimento, ciò non dipende soltanto dalla loro mancata allegazione in corso di causa, bensì anche da una valutazione del giudice.

Fino a un significativo *revirement* della Cassazione⁷⁹, l'ordinamento

⁷⁷ Art. 113 c.p.c.; § 139 ZPO. Cfr. *ex multis* Corte di Cassazione, sez. VI, 9 aprile 2018, n. 8645, in *Giust. civ. Mass.*, 2018; Corte di Cassazione, sez. I., 20 giugno 2017, n. 15190, in *Guida dir.*, 2017; Corte di Cassazione, sez. trib., 11 maggio 2017, n. 15190, in *Giust. civ. Mass.*, 2017; Corte di Cassazione, sez. un., 16 giugno 2005, n. 12868, in *DeJure.it*; Corte di Cassazione, sez. I, 24 giugno 2003, n. 10009, in *Dir. giust.*, 2003; *Bundesgerichtshof*, V ZB 181/12 del 10 ottobre 2013 (BGH NJW-RR 2014, 63).

⁷⁸ Art. 101, comma 2, c.p.c.

⁷⁹ *Cour de Cassation*, Assemblée plénière, 7 luglio 2006, n. 04-10.672.

francese accoglieva una nozione di *cause* particolarmente restrittiva⁸⁰. Di conseguenza, gli effetti preclusivi del giudicato si producevano unicamente con riferimento agli elementi di fatto e, soprattutto, dei motivi di diritto effettivamente esaminati in corso di causa dall'autorità giudiziaria⁸¹. Ai fini dell'applicazione della teoria della *res judicata*, pertanto, il giudice era tenuto a verificare che le argomentazioni giuridiche proposte nella nuova domanda giudiziale non fossero identiche a quanto contenuto nel dispositivo della prima decisione. Le parti erano, quindi, libere di instaurare un nuovo procedimento, proponendo una diversa qualificazione giuridica della controversia e deducendo motivi di diritto non esaminati nel precedente contenzioso.

Tale orientamento garantiva una piena attuazione del diritto al contraddittorio e del principio dispositivo, poiché, di fatto, lasciava alle parti il potere di delimitare non solo l'ambito della controversia, ma anche l'estensione degli effetti del giudicato, con evidente sacrificio delle esigenze di economia processuale.

Nel 2006, tuttavia, un significativo mutamento dell'orientamento giurisprudenziale ha ridefinito e ampliato il concetto di *cause*, assestandosi su un'interpretazione puramente fattuale della nozione in parola⁸². A seguito di tale mutamento giurisprudenziale gli effetti del giudicato si estendono ora anche ai motivi di diritto non invocati nel primo processo, ma comunque riferibili alle medesime circostanze fattuali su cui si fonda la controversia.

A prima vista, il sistema del giudicato accolto nell'ordinamento francese potrebbe apparire analogo ai modelli italiano e tedesco, con riferimento alle preclusioni del dedotto e del deducibile. E in effetti, a fronte di un'eccezione di giudicato, il giudice francese sarà tenuto a verificare che la tutela della situazione soggettiva richiesta con la nuova domanda giudiziale non sia identica o incompatibile con il contenuto della precedente azione, a prescindere dagli elementi di diritto effettivamente consi-

⁸⁰ Cfr. *supra*, nota 64.

⁸¹ *Cour de Cassation*, Assemblée plénière, 4 giugno 1994, n. 92-12.157. Cfr. anche H. MOTULSKY, *Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile*, cit., p. 201.

⁸² *Cour de Cassation*, n. 04-10.672.

derati dal primo giudice. Tuttavia, come correttamente osservato dalla dottrina, il sistema delle preclusioni operante nell'ordinamento francese non è interamente sovrapponibile al modello degli altri sistemi di *civil law* considerati, in ragione di una diversa definizione del ruolo del giudice nel processo civile⁸³. In particolare, secondo quanto statuito dall'assemblea plenaria della *Cour de Cassation*, il giudice ha la facoltà – e non il dovere – di riqualificare *ex officio* il fondamento giuridico delle domande⁸⁴.

A rigor di logica, quindi, la portata oggettiva della *res judicata* si dovrebbe estendere anche a ciò che solo in forza di una finzione giuridica può considerarsi «cosa giudicata». Infatti, laddove i contendenti non deducano le pertinenti argomentazioni in punto di diritto e il giudice ometta di riqualificare la domanda, il giudicato impedirà alle parti di invocare in un nuovo giudizio ciò che – nel pieno rispetto delle regole processuali – non ha mai formato nemmeno implicitamente oggetto di discussione e di decisione nel corso del primo processo.

La dottrina non ha mancato di criticare i risultati raggiunti dalla giurisprudenza, lamentando, in particolare, un'ingiustificata limitazione del diritto al contraddittorio⁸⁵. È stato, anche, auspicato un intervento del legislatore, volto quantomeno a chiarire l'effettiva estensione oggettiva del giudicato con riferimento a quanto non è stato oggetto di discussione e di decisione in occasione del primo processo⁸⁶.

⁸³ C. CHAINAIS, *L'autorité de la chose jugée en procédure civile: perspectives de droit compare*, cit., pp. 29-30.

⁸⁴ *Cour de Cassation*, assemblée plénière, 21 dicembre 2007, n. 06-11.343. Più nello specifico, il giudice è tenuto a riqualificare, secondo diritto, i fatti allegati dalle parti, ma non è, invece, suo dovere riqualificare la domanda, prendendo in esame motivi di diritto non dedotti in giudizio. Cfr. anche *Cour de Cassation*, 1^{re} chambre, 19 giugno 2013, n. 12-11.767; *Cour de Cassation*, 3^e chambre, 25 giugno 2013, n. 11-27.799. In senso contrario si era espressa la dottrina, cfr. H. MOTULSKY, *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge*, cit., p. 105 ss.

⁸⁵ V.S. GUINCHARD, *L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil et de la simple faculté pour le juge de «changer le fondement juridique des demandes»*, in *Mélanges Georges Wiederkehr*, Paris, 2009, p. 379 ss., spec. pp. 389-390; P. BLONDEL, *La charge de la concentration et le respect d'un principe de complétude*, in *Sem. jur.*, éd. G, n. 15, 2012.

⁸⁶ C. CHAINAIS, *L'autorité de la chose jugée en procédure civile: perspectives de droit compare*, cit., p. 31.

A ogni modo, pur a fronte di un quadro giuridico dai contorni ancora poco chiari, allo stato attuale l'ordinamento francese sembra propendere per un sistema delle preclusioni solo in apparenza assimilabile al modello italiano e tedesco, ma che nei fatti se ne discosta sensibilmente, dimostrandosi più attento alle esigenze di economia processuale che alla piena realizzazione del contraddittorio.

Tale attitudine è ancor più accentuata nei sistemi di *common law*. Come visto, l'ordinamento inglese accoglie una nozione particolarmente ampia di «causa». L'elemento decisivo per valutare l'applicabilità delle preclusioni del giudicato è, quindi, l'identità delle circostanze fattuali su cui si fonda la controversia. Al contrario, non rilevano gli specifici motivi di diritto invocati dalle parti.

Fin qui le differenze con i sistemi processuali continentali potrebbero apparire di mero dettaglio; in effetti, come si è visto, in tutti gli ordinamenti considerati le preclusioni del giudicato non si limitano al dedotto, ma si estendono in qualche misura anche al deducibile. Tuttavia, diversamente dai sistemi di *civil law*, alle corti di *common law* non è generalmente attribuito il potere – e men che meno il dovere – di sollevare *ex officio* le argomentazioni giuridiche non dedotte in giudizio dalle parti⁸⁷. Di conseguenza, è ben possibile che gli effetti di giudicato si estendano a motivi di diritto che, nei fatti, non sono stati, né – soprattutto – avrebbero potuto essere oggetto di cognizione da parte del giudice. In altre parole, il sistema delle preclusioni accolto dagli ordinamenti di *common law* ammette pacificamente la possibilità che le preclusioni della *res judicata* si estendano anche alla «cosa non giudicata».

Un simile approccio al principio del *ne bis in idem* deriva da considerazioni di carattere pragmatico. In sistemi dove l'accesso alla giustizia presenta costi particolarmente elevati, si vuole evitare la moltiplicazione di

⁸⁷ A ben vedere, il tema è dibattuto tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Ad ogni modo, sembra corretto concludere che, nei sistemi di *common law*, il potere del giudice di individuare autonomamente le norme e principi giuridici applicabili alla controversia è sensibilmente più limitato che nei sistemi di *civil law*. Cfr. N. ANDREWS, *The Passive Court and Legal Argument*, in *Civil Just. Q.*, 1988, p. 125 ss.; L.L. FULLER, *The Forms and Limits of Adjudication*, in *Harvard L. Rev.*, 1978, p. 353 ss.; *Dann v. Hamilton* [1939] 1 K.B. 509; *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad* [1957] 3 All E.R. 441, spec. 449; *Lloyds Bank v Bundy* [1974] 3 All E.R. 757, spec. 771.

procedimenti aventi ad oggetto la medesima pretesa giuridica. Alle parti è, pertanto, richiesto di concentrare in un'unica azione o difesa tutti i motivi di diritto rilevanti per la soluzione della lite.

Se si assume tale prospettiva, si comprende anche come la teoria della *res judicata* svolga tanto una funzione «sanzionatoria» quanto una funzione «pacificatrice». Da un lato, infatti, penalizza la parte che per negligenza abbia omesso di invocare tutte le argomentazioni giuridiche a suo favore. Dall'altro, invece, assicura alla parte che abbia ottenuto un provvedimento favorevole la certezza della tutela giuridica conseguita nel primo processo; quest'ultima, infatti, non potrà più essere messa in discussione per effetto di un semplice mutamento della qualificazione giuridica delle pretese di controparte⁸⁸.

Nell'approcciarsi al principio del *ne bis in idem*, i sistemi di tradizione anglosassone valorizzano, quindi, le esigenze di economia processuale, riconoscendo alla teoria della *res judicata* un ambito di applicazione che si estende ben al di là di quanto sia stato effettivamente discusso e giudicato in occasione del primo processo. Al contempo, tuttavia, tali sistemi dimostrano un atteggiamento meno rigoroso nei confronti della tutela del contraddittorio.

Possiamo, quindi, constatare come già con riferimento all'applicazione del principio del *ne bis in idem* – che, come detto, rappresenta il cuore pulsante della teoria del giudicato, nonché il denominatore comune delle relative discipline nazionali – gli ordinamenti considerati presentano soluzioni sensibilmente difformi, determinate da un diverso bilanciamento tra le contrapposte esigenze che vengono in rilievo con riferimento alla teoria della *res judicata*.

3.2. *Il secondo cerchio concentrico: gli effetti preclusivi nei confronti delle questioni di fatto e di diritto pregiudiziali*

Come si ha avuto modo di evidenziare nelle considerazioni introduttive, in linea teorica gli effetti del giudicato potrebbero estendersi anche all'accertamento delle questioni di diritto e – per quanto ciò possa apparire inusuale agli occhi del giurista continentale – di fatto che rappresentano

⁸⁸ Cfr. A. ZEUNER, H. KOCH, *Effects of Judgments*, cit., p. 43.

il presupposto logico-giuridico per la decisione della situazione soggettiva dedotta in giudizio⁸⁹.

Nella sistematizzazione che si è proposta, tali effetti si collocano idealmente in un secondo cerchio concentrico. Se, con riferimento alle preclusioni ricomprese nel primo cerchio, le discrepanze appena evidenziate possono apparire – con un certo grado di approssimazione – semplici sfumature, le differenze tra le discipline nazionali in punto di estensione del giudicato ai fatti e ai rapporti giuridici che hanno formato oggetto di accertamento del giudice al fine di dirimere la controversia sono, invece, ben più marcate. In simili circostanze, la *res judicata* è chiamata a spiegare i suoi effetti pur in assenza di identità di causa e di oggetto tra il primo e il secondo procedimento; ciò che rileva, infatti, è che nel nuovo processo il giudice debba conoscere la medesima questione di fatto o di diritto che ha già formato oggetto di apprezzamento da parte di altro giudice.

Le differenze tra gli ordinamenti di *civil law* e di *common law* si manifestano già nel modo in cui tali sistemi si avvicinano alla problematica in esame. Negli ordinamenti di tradizione continentale si discute circa la vincolatività delle motivazioni che accompagnano la decisione, nonché dell'estensione degli effetti del giudicato all'accertamento delle questioni pregiudiziali⁹⁰. Nei sistemi di tradizione anglosassone, invece, le proble-

⁸⁹ Cfr. *supra*, capitolo I, al paragrafo 3.1.

⁹⁰ Sono tali le questioni che, sebbene non costituiscano oggetto specifico della domanda, rappresentano il presupposto logico-giuridico necessario per l'affermazione del diritto soggettivo su cui si fonda la pretesa dell'attore. Esse sorgono, in particolare, laddove il convenuto eccepisca (o il giudice rilevi d'ufficio) l'esistenza di un autonomo fatto impeditivo o modificativo diverso dal fatto costitutivo fatto valere in giudizio dall'attore, ma che ne impedisce la produzione di conseguenze giuridiche. La dottrina italiana distingue, peraltro, la nozione di «pregiudizialità tecnica» dalla nozione di «pregiudizialità logica». Nel primo caso, l'esistenza o l'inesistenza del diritto soggettivo fatto valere in giudizio dipende dall'esistenza di un diverso e autonomo rapporto giuridico. È questo il caso, ad esempio, delle obbligazioni alimentari che – almeno nell'ordinamento italiano – dipendono dall'esistenza di un rapporto di parentela. Nel secondo caso, invece, lo specifico diritto soggettivo fatto valere in giudizio dall'attore si fonda e dipende dall'esistenza di un rapporto giuridico fondamentale e unitario. A titolo di esempio, si ha pregiudizialità logica tra la pretesa (azionata in giudizio) al pagamento del prezzo della compravendita e il sottostante rapporto contrattuale in essere tra le parti. Cfr. S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, cit., p. 434 ss.; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 455.

matiche in esame sono riconducibili alle teorie della *issue estoppel* e della *issue preclusion*.

3.2.1. *La preclusione delle questioni di fatto e di diritto negli ordinamenti di civil law*

Gli ordinamenti di *civil law* dimostrano una certa ritrosia nel riconoscere efficacia di giudicato all'accertamento delle questioni di fatto e di diritto che esulino dalla specifica situazione soggettiva sostanziale oggetto del giudizio, benché ne costituiscano il presupposto logico-giuridico.

Anzitutto è opportuno considerare che, da un punto di vista formale, negli ordinamenti di tradizione continentale non tutte le parti della sentenza assumono valore di cosa giudicata. In particolare, se di regola le statuizioni contenute nel dispositivo della sentenza sono di per sé idonee a produrre effetti vincolanti per le parti, appare, invece, più incerta la rilevanza di quanto riportato nella parte motiva.

Nell'ambito dell'ordinamento italiano la dottrina più risalente sosteneva che si dovesse riconoscere efficacia di giudicato al solo dispositivo, poiché soltanto quest'ultimo rappresentava «l'accertamento della volontà di legge, [ottenuto il quale] l'ordinamento giuridico spezza e dimentica l'apparato logico che servì a raggiungerlo»⁹¹. In realtà, già lo stesso autore precisava come la nozione di «dispositivo» non dovesse interpretarsi in senso eccessivamente formalistico; non passa in giudicato solo ciò che è «scritto nel dispositivo della sentenza [ma] è perlopiù necessario risalire ai motivi, per poter identificare l'azione colla ricerca della *causa petendi*»⁹². Secondo tale prospettiva, la parte motiva della decisione, più che assumere un autonomo carattere vincolante, svolgerebbe una funzione ancillare: essa, infatti, permetterebbe di identificare la causa del primo processo e, quindi, di delimitare l'oggetto del giudicato⁹³.

⁹¹ G. CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata*, cit., p. 406.

⁹² G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., p. 362.

⁹³ D'altronde, non potrebbe essere altrimenti: una concezione eccessivamente formalistica della nozione di dispositivo porterebbe a risultati difficilmente giustificabili. Si pensi al caso (invero nient'affatto raro) in cui il dispositivo presenti delle lacune o risulti eccessivamente lapidario nella sua formulazione, così da non permettere la sicura identi-

Peraltro, la giurisprudenza più recente adotta un approccio più flessibile nei confronti del giudicato sulle motivazioni. In particolare, come si vedrà, la Corte di Cassazione include nel giudicato la soluzione delle questioni che costituiscono il presupposto logico della pronuncia, benché non siano ricomprese nell'oggetto specifico della domanda: tale accertamento, con ogni probabilità, sarà contenuto nella parte motiva della sentenza che, pertanto, assumerà rilevanza decisiva ai fini dell'individuazione dell'estensione del giudicato⁹⁴.

L'ordinamento tedesco mantiene, invece, un atteggiamento più restrittivo: può passare in giudicato unicamente quanto contenuto nel dispositivo della sentenza. Le motivazioni assumono rilievo ai soli fini dell'identificazione dell'oggetto del giudizio e, pertanto, al solo scopo di delimitare gli effetti preclusivi di quanto statuito nel dispositivo⁹⁵.

Dopo un periodo di incertezza, anche l'ordinamento francese sembra aver accolto una distinzione alquanto rigida tra dispositivo e parte motiva della sentenza, di modo che solo a quanto contenuto nel primo è ricono-

ficazione dell'oggetto del giudizio. Cfr. E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XVI, Roma, 1989, p. 1 ss., spec. p. 13.

⁹⁴ Corte di Cassazione, sez. I, 14 luglio 2000, n. 9335, in *DeJure.it*: «È *ius receptum* che il giudicato è ancorato non solo alla identità soggettiva ma anche a quella oggettiva tra rapporto definito e rapporto da definire e si forma sia sulle statuizioni contenute in dispositivo che sugli accertamenti risultanti dalla motivazione, in ordine a fatti o rapporti giuridici controversi – questioni in senso lato – o anche non controversi purché non si tratti di affermazioni *incidenter tantum*; nonché sulle questioni che di quelle decise con la pronuncia dispositiva costituiscono la premessa necessaria ed indefettibile o il fondamento logico-giuridico»; cfr. anche Corte di Cassazione, sez. I, 19 aprile 2000, n. 5092, in *Foro It.*, 2002.

⁹⁵ *Bundesgerichtshof*, I ZR 269/00 del 26 giugno 2003 (BGH NJW 2003, 3058). Identica soluzione è accolta dall'ordinamento svizzero, dove l'efficacia vincolante del giudicato è riconosciuta unicamente al dispositivo della sentenza; alle motivazioni, invece, non è attribuita alcuna efficacia di giudicato, nemmeno nel caso in cui queste ultime rappresentino il necessario presupposto logico della decisione. La parte motiva, pertanto, assumerà rilievo al solo scopo di delimitare i confini della decisione contenuta nel dispositivo, cfr. F. BOHNET, J. HALDY, N. JEANDIN, P. SCHWEIZER, D. TAPPY, *Code de procédure civile commenté*, cit., p. 181; Tribunale Federale svizzero, 4C.82/2006, del 27 giugno 2006, par. 3.3; Tribunale Federale svizzero, ATF 121 III 474 del 3 novembre 1995, par. 4.

sciuta efficacia vincolante nei successivi procedimenti⁹⁶.

L'individuazione delle parti della sentenza cui è attribuita efficacia di giudicato influisce inevitabilmente sul discorso circa la vincolatività dell'accertamento in merito alle questioni che rappresentino il presupposto logico-giuridico necessario per la decisione della fattispecie sostanziale dedotta in giudizio. Tali questioni, infatti, sono solitamente affrontate nella parte motiva della sentenza; di conseguenza, tali accertamenti risulteranno idonei a produrre effetti di giudicato solo nella misura in cui sia possibile riconoscere efficacia vincolante (anche) a ciò che non è scritto nel dispositivo.

Nell'ordinamento italiano, per espressa previsione di legge, la cognizione delle questioni di pregiudizialità tecnica⁹⁷ riveste valore di accertamento meramente incidentale e non può, pertanto, considerarsi vincolante in un successivo procedimento⁹⁸. Sebbene, infatti, il giudice abbia il potere di esaminare e decidere ogni questione da cui dipenda la soluzione della controversia, gli effetti del giudicato non si estendono alla soluzione di tali questioni, salvo che ciò sia previsto da esplicita disposizione di legge, ovvero nel caso in cui una delle parti avanzi specifica domanda in tal senso⁹⁹.

Nelle ipotesi di pregiudizialità logica, invece, la giurisprudenza maggioritaria e parte della dottrina propendono per la soluzione opposta¹⁰⁰.

⁹⁶ Anche se nella dottrina sembra prevalere un'interpretazione sostanziale della nozione di dispositivo e si ammette che parte del dispositivo possa collocarsi all'interno delle motivazioni della sentenza, cfr. M. DOUCHY-OU DOT, *Autorité de la chose jugée au civil sur le civil*, cit., par. 100 ss.; tale atteggiamento «sostanziale» appare in realtà contraddetto dalla giurisprudenza della *Cour de Cassation*, cfr. *Cour de Cassation*, Assemblée plénière, 13 marzo 2009, n. 08-16.033.

⁹⁷ Cfr. *supra*, nota 90.

⁹⁸ Art. 34 c.p.c.

⁹⁹ Cfr. S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, cit., p. 434.

¹⁰⁰ Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, 17 febbraio 2011, n. 3909, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, p. 2; Corte di Cassazione, sez. II, 25 marzo 2004, n. 5964, in *DeJure.it*; Corte di Cassazione, sez. lav., 18 dicembre 2001, n. 15993, in *DeJure.it*; Corte di Cassazione, sez. II, 11 settembre 2000, n. 11930, in *DeJure.it*; Corte di Cassazione, sez. I, 19 aprile 2000, n. 5092, in *Foro It.*, 2002, I; Corte di Cassazione, sez. lav., 27 maggio 1995, n. 5968, in *Giust. civ. Mass.*, 1995; S. MENCHINI, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di limiti oggettivi del giudicato in ordine a giudizi concernenti ratei di obbligazione periodica*, in *Giur.*

Nello specifico, si ritiene che «l'efficacia del giudicato copra l'accertamento, oltre che del singolo effetto dedotto come *petitum*, [anche] del rapporto complesso, reale od obbligatorio, dal quale quello trova origine»¹⁰¹. A titolo di esempio – per rendere il discorso più tangibile – se in un primo giudizio una parte ha preteso e ottenuto il pagamento di quanto dovuto in ragione di un contratto a esecuzione periodica o continuata, nei successivi procedimenti la controparte non potrà più mettere in discussione l'esistenza o la validità di detto contratto¹⁰².

In sostanza, per valutare la vincolatività degli accertamenti compiuti nel primo processo, il giudice sarà chiamato a valutare la natura delle questioni accertate in via pregiudiziale. Laddove il diritto soggettivo fatto valere in giudizio dipenda dall'esistenza o dall'inesistenza di un rapporto giuridico autonomo, gli effetti del giudicato si limiteranno alla decisione resa in merito allo specifico oggetto della domanda e non copriranno, invece, la soluzione della questione pregiudiziale. Viceversa, nel caso in cui il diritto azionato si fondi su un rapporto giuridico complesso, la decisione dovrà ritenersi vincolante anche con riferimento all'accertamento circa l'esistenza e la validità di detto rapporto.

L'ordinamento tedesco accoglie, invece, una soluzione decisamente più restrittiva; come visto, la § 322 ZPO limita gli effetti del giudicato alla soluzione delle sole domande proposte dalle parti in giudizio. A norma della § 256 ZPO, peraltro, le parti hanno tempo sino all'udienza di precisazione delle conclusioni per chiedere che una questione controversa, emersa in corso di causa, sia decisa con efficacia di giudicato. In mancanza di specifica domanda di parte, tuttavia, la soluzione di qualsivoglia questione logicamente preliminare alla definizione della causa non potrà essere coperta dal giudicato, ma assumerà valore meramente incidentale¹⁰³.

It., 1991, 2, p. 1118 ss. Per le posizioni contrarie espresse dalla dottrina maggioritaria, cfr. *ex multis* G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., p. 1153.

¹⁰¹ S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, cit., p. 436.

¹⁰² Si deve, peraltro, notare che nelle ipotesi di pregiudizialità logica assume valore decisivo la circostanza che la prima decisione accolga o rigetti la domanda giudiziale. Nell'esempio, se il primo giudice dovesse rigettare la domanda di condanna al pagamento del prezzo, nulla direbbe in merito all'esistenza o alla validità del contratto sottostante.

¹⁰³ Cfr. K. HOBÉR, *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*, cit.,

Nonostante qualche incertezza, la giurisprudenza francese sembra oggi orientata nel senso di escludere l'efficacia vincolante dell'accertamento in merito alle questioni che rappresentano il presupposto logico-giuridico necessario della decisione. Come detto, solo quanto è contenuto nel dispositivo può produrre effetti di giudicato; pertanto, l'accertamento delle questioni pregiudiziali deve ritenersi finalizzato unicamente alla soluzione della situazione soggettiva oggetto di giudizio, ma non potrà spiegare efficacia di giudicato anche nei successivi procedimenti¹⁰⁴.

In definitiva, gli ordinamenti di *civil law* dimostrano grande cautela nell'attribuire efficacia di giudicato a ciò che esula dall'oggetto della domanda e che, quindi, non rientra nell'ambito specifico della decisione del giudice, così come consacrata dal dispositivo della sentenza. Anche nei casi in cui si ritiene opportuno attribuire efficacia vincolante all'accertamento dei fatti e dei rapporti giuridici che rappresentano il presupposto logico della decisione, ciò è possibile solo nel limite in cui tali questioni siano comunque riferibili alla medesima fattispecie giuridica complessa da cui scaturisce il diritto soggettivo azionato in giudizio e non costituiscano, invece, autonomi rapporti giuridici. In questo modo, gli ordinamenti continentali manifestano ancora una volta la propensione a tutelare in modo pervasivo il diritto al contraddittorio e alla difesa, sacrificando in parte le esigenze di economia processuale.

A fronte dell'atteggiamento prudentemente restrittivo che è possibile riscontrare negli ordinamenti continentali, mette conto osservare come, invece, il diritto dell'Unione Europea appaia propenso a riconoscere una maggiore estensione dell'ambito di efficacia del giudicato. In particolare,

p. 133. Soluzione identica in Svizzera, dove il Tribunale federale ha avuto modo di precisare come non possa riconoscersi efficacia di giudicato nemmeno alle decisioni implicite contenute nel dispositivo, cfr. Tribunale Federale svizzero, ATF 121 III 474 del 3 novembre 1995, spec. par. 4.

¹⁰⁴ *Cour de Cassation*, Assemblée plénière, 13 marzo 2009, n. 08-16.033. Il nuovo orientamento della Suprema Corte francese sembra infatti discostarsi con decisione dalla precedente giurisprudenza, che considerava coperti da giudicato anche i c.d. «motifs décisifs» e cioè le questioni che rappresentassero «le soutien nécessaire» della pronuncia. Tuttavia, anche ora, non si esclude totalmente un'efficacia vincolante delle c.d. «decisioni implicite», cfr. M. DOUCHY-LOUDOT, *Autorité de la chose jugée au civil sur le civil*, cit., par. 116 ss.

la Corte di giustizia dell'Unione europea ha avuto modo di affermare, pur con riguardo alle sole decisioni in materia di competenza giurisdizionale e al solo fine di evitare conflitti negativi di giurisdizione, che «la nozione di autorità della cosa giudicata nel diritto dell'Unione non riguarda solo il dispositivo della decisione giudiziaria in questione, ma si estende anche alla motivazione della stessa, che costituisce il fondamento necessario del dispositivo e, di fatto, è indissociabile da quest'ultimo»¹⁰⁵.

3.2.2. *La preclusione delle questioni di fatto e di diritto negli ordinamenti di common law*

Decisamente diverso è, invece, l'atteggiamento dei paesi di *common law*. In particolare, nell'ambito dell'ordinamento inglese si è sviluppata la nozione di *issue estoppel*, in forza della quale la sentenza che risolva o accerti in modo diretto una questione di fatto o di diritto – dibattuta in corso di causa ed essenziale alla definizione della controversia – impedisce alle parti di rimettere in discussione la medesima questione in un successivo procedimento¹⁰⁶.

Come chiarito già dalla giurisprudenza più risalente, l'*issue estoppel* preclude unicamente la ritrattazione di quanto sia stato strettamente necessario per la soluzione della controversia; le questioni di fatto o di diritto sussidiarie o collaterali non sono, invece, coperte da giudicato: «Findings, however deliberate and formal, which concern only evidentiary facts and not ultimate facts, forming the very title to rights, give rise to no preclusion. Decisions upon matters of law which amount to no more than steps in a process of reasoning tending to establish or support the proposition upon which the rights depend do not estop the parties if the same matters of law arise in subsequent litigation»¹⁰⁷.

Il diritto soggettivo azionato in giudizio si fonda generalmente su uno o più fatti costitutivi che, a loro volta, possono dipendere dal verificarsi di determinate condizioni fattuali o di diritto. Cionondimeno, l'integra-

¹⁰⁵ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG v Samskip GmbH*, in causa C-456/11, 15 novembre 2012, spec. par. 40.

¹⁰⁶ P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, cit., p. 20.

¹⁰⁷ *Blair v Curran* (1939) 62 CLR 464 HCA, spec. 531.

zione delle medesime condizioni potrebbe anche produrre ulteriori conseguenze nel mondo del diritto ed essere, quindi, idonea a fondare altrettante pretese giuridiche. Laddove il giudice, chiamato ad accertare l'esistenza del diritto soggettivo oggetto della domanda giudiziale, ritenga che sia integrato il relativo fatto costitutivo in ragione del verificarsi di un dato accadimento storico o alla luce della soluzione di una determinata questione di diritto, tale accadimento o questione non potranno più essere messi in discussione nei successivi procedimenti, indipendentemente dalla pretesa giuridica azionata in giudizio. Qualora, invece, il fatto accertato dal giudice non costituisca condizione necessaria per l'integrazione del diritto soggettivo dedotto in giudizio, tale determinazione non produrrà alcun effetto di giudicato nei successivi procedimenti. In altre parole, l'*issue estoppel* non preclude la ritrattazione di tutte le questioni fattuali o giuridiche accertate o risolte nella prima sentenza, ma unicamente di quelle che rappresentino il presupposto logico giuridico della decisione o, secondo le parole del giudice Keith, «a necessary ingredient in a cause of action»¹⁰⁸.

Peraltro, il regime delle preclusioni che accompagna l'istituto dell'*issue estoppel* presenta alcune peculiarità che contribuiscono a differenziarlo sensibilmente dalla nozione di *cause of action estoppel*. Lo strumento in parola mira, infatti, a realizzare un'esigenza di giustizia; il giudice vi può, quindi, ricorrere per impedire una nuova e abusiva trattazione delle questioni di fatto e di diritto già decise. Ciò comporta, tuttavia, che il giudicato non possa estendersi oltre i confini di quanto sia stato effettivamente dibattuto e deciso nel corso del processo. Al contrario – e diversamente

¹⁰⁸ *Arnold v National Westminster Bank Plc.* [1991] 2 AC 93, spec. 103; cfr. anche *The Sennar (No 2)* [1985] 1 WLR 490, spec. 499; *Fidelitas Shipping Co Ltd v V/O Exportchleb* [1966] 1 Q.B. 630; *Thoday v Thoday* [1964] p. 181, spec. 182: «“Issue estoppel” must not be confused with “fact estoppel”, which, although a species of “estoppel in pais”, is not a species of estoppel *per rem judicatam*. The determination by a court of competent jurisdiction of the existence or nonexistence of a fact, the existence of which is not of itself a condition the fulfilment of which is necessary to the cause of action which is being litigated before that court, but which is only relevant to proving the fulfilment of such a condition, does not estop at any rate *per rem judicatam* either party in subsequent litigation from asserting the existence or non-existence of the same fact contrary to the determination of the first court. It may not always be easy to draw the line between facts which give rise to “issue estoppel” and those which do not, but the distinction is important and must be borne in mind».

da quanto si è visto con riferimento alla *cause of action estoppel* – la trattazione delle questioni che, seppur teoricamente rilevanti, non abbiano formato oggetto specifico di discussione e di decisione nel primo contenzioso non può in alcun caso ritenersi preclusa nei successivi procedimenti. Il secondo giudice sarà, quindi, chiamato a verificare che la questione sottoposta alla sua cognizione sia stata effettivamente discussa in contraddittorio tra le parti e decisa dal primo giudice¹⁰⁹. Da ciò deriva anche che, nella definizione dell'estensione oggettiva del giudicato, assumono rilievo fondamentale le motivazioni che accompagnano il provvedimento giurisdizionale. Peraltro, diversamente dagli ordinamenti di *civil law*, la legge inglese ignora la distinzione tra dispositivo e parte motiva della sentenza; è, quindi, naturale che il giudice del secondo procedimento esamini la decisione nella sua interezza, per verificare ciò che sia stato effettivamente discusso e accertato nel primo processo.

L'istituto della *issue estoppel* conosce, poi, alcuni temperamenti che permettono al giudice di adeguare il regime delle preclusioni in parola alle specifiche esigenze di giustizia che potrebbero emergere nel caso concreto. In primo luogo, qualora nel periodo che intercorre tra la prima e la seconda decisione sia intervenuto un mutamento legislativo che renda la soluzione della questione giuridica manifestamente contraria a diritto, il secondo giudice non dovrà ritenersi vincolato a quanto deciso nel primo processo¹¹⁰. In secondo luogo, laddove siano presentate nuove prove che producano un rilevante mutamento delle circostanze concrete del caso – e a condizione che la loro mancata allegazione nel primo processo non sia in alcun modo attribuibile alla negligenza delle parti –, il giudice potrà decidere la questione di fatto in modo difforme da quanto accertato nella

¹⁰⁹ *Friend v Civil Aviation Authority* [2001] EWCA Civ 1204, spec. par. 42. Peraltro, la successiva giurisprudenza ha suggerito che anche le questioni di fatto o di diritto non discusse, ma accettate pacificamente da entrambe le parti debbano ritenersi precluse; cfr. *Yukos Capital Sarl v OJSC Rosneft Oil Co.* [2011] 2 C.L.C. 129.

¹¹⁰ Nel sistema di *common law* inglese una modifica delle norme di riferimento può intervenire per effetto di un mutamento giurisprudenziale o, più raramente, a seguito dell'approvazione di una legge avente efficacia retroattiva. Cfr. *Arnold v National Westminster Bank Plc.* [1991] 2 AC 93, spec. 112; *S v S* [2002] EWHC 223, spec. par. 30 ss.; *Hines v Birkbeck College* [1992] Ch. 33, spec. 43; N. ANDREWS, *English Civil Procedure*, cit., par. 40.17.

prima sentenza¹¹¹. L'*issue estoppel*, poi, non opera in caso di sentenze rese in contumacia o su consenso delle parti.

In definitiva, nell'ordinamento inglese l'operatività dell'*issue estoppel* non è mai automatica, ma, al contrario, è sempre soggetta al prudente apprezzamento del giudice. Quest'ultimo, infatti, sarà chiamato a valutare non soltanto l'effettività del giudicato sulle questioni di fatto e di diritto asseritamente precluse, ma, più in generale, la compatibilità di tali preclusioni con le esigenze di giustizia cui si informa l'ordinamento inglese, nel non facile bilanciamento tra le esigenze di economia processuale e di tutela del contraddittorio.

Molto simile è l'approccio dell'ordinamento statunitense, dove le preclusioni in merito alle questioni di fatto e di diritto sono generalmente ricondotte alla teoria della *issue preclusion* (anche conosciuta nel passato come *collateral estoppel*).

In particolare, la Sezione 27 del *Restatement (Second) of Judgments* prevede che: «When an issue of fact or law is actually litigated and determined by a valid and final judgment, and the determination is essential to the judgment, the determination is conclusive in a subsequent action between the parties, whether on the same or a different claim».

Il principio, già consacrato dalla giurisprudenza più risalente¹¹², è oggi pacificamente accolto e applicato tanto dalle corti statali quanto da quelle federali. Tuttavia, la concreta applicazione della *issue preclusion* è assoggettata a una serie di condizioni alquanto stringenti, che già si possono ricavare dalla pur sintetica definizione fornita dal *Restatement (Second) of Judgments*.

In particolare, l'accertamento compiuto dal giudice dovrà ritenersi vincolante nella misura in cui la questione di fatto o di diritto sia stata effettivamente dibattuta e decisa («*actually litigated and determined*») nel corso del primo processo. Di conseguenza, similmente a quanto avviene nell'ordinamento inglese, l'*issue preclusion* si differenzia sensibilmente dalla *claim preclusion*, poiché i suoi effetti preclusivi non si estendono alle materie che

¹¹¹ *Phosphate Sewage Co v Molleson* (1879) 4 App. Cas. 801; N. ANDREWS, *English Civil Procedure*, cit., par. 40.17.

¹¹² *Southern Pacific Railroad v United States*, U.S. Supreme Court, 18 S. Ct. 18, 42 L. Ed. 355 (1897).

non siano state specifico oggetto di considerazione nel primo contenzioso.

Per quanto riguarda il requisito dell'effettiva trattazione, la giurisprudenza ha precisato come sia sufficiente che le parti abbiano sollevato la questione e abbiano avuto modo di contestare quanto affermato da controparte; non è, invece, strettamente necessaria l'acquisizione di materiale probatorio a sostegno delle allegazioni delle parti¹¹³. Il requisito in parola intende tutelare il diritto al contraddittorio delle parti. Il giudice potrebbe, infatti, sollevare e risolvere d'ufficio, sulla base del materiale probatorio allegato, una questione di diritto o di fatto ritenuta essenziale per la soluzione della controversia; tale determinazione, tuttavia, non sarà vincolante per le parti al di fuori del processo, giacché esse non hanno avuto modo di contraddire (e, se del caso, di presentare prova contraria).

Per ciò che concerne il requisito della «decisione», è opportuno tenere a mente che lo scopo della *issue preclusion* è quello di evitare la formazione di giudicati non coerenti; in assenza di un accertamento in merito a una data questione di fatto o di diritto tale rischio è inesistente e, pertanto, non vi sarebbe ragione per impedire una successiva decisione della stessa¹¹⁴.

Se in linea teorica i due requisiti appena considerati non sembrano sollevare particolari problematiche, nella realtà dei fatti potrebbe non essere semplice comprendere quali questioni siano state effettivamente dibattute e decise. Il compito del secondo giudice potrebbe, invero, rivelarsi alquanto gravoso; questi, infatti, potrebbe essere chiamato a passare in rassegna gli atti del processo, senza arrestarsi all'esame delle motivazioni della sentenza¹¹⁵.

¹¹³ *In re Keaty*, U.S. Court of Appeals, Fifth Circuit, 397 F.3d 264 (2005).

¹¹⁴ *Brown v Felsen*, U.S. Supreme Court, 442 U.S. 127 (1979): «Whereas res judicata forecloses all that which might have been litigated previously, collateral estoppel treats as final only those questions actually and necessarily decided in a prior suit».

¹¹⁵ *Germain Real Estate Co. LLC v HCH Toyota LLC*, U.S. Court of Appeal, Eighth Circuit, 778 F.3d 692 (2015), spec. 695; *Miller v Nichols*, U.S. Court of Appeal, First Circuit, 586 F.3d 53 (2009), spec. 60-62; *Wingard v Emerald Venture Florida LLC*, U.S. Court of Appeal, Eleventh Circuit, 438 F.3d 1288 (2006); *Sullivan v Gagnier*, U.S. Court of Appeal, Second Circuit 225 F.3d 161 (2000), spec. 166; *In re Ikner*, U.S. Court of Appeal, Eleventh Circuit, 883 F.2d 986 (1989) spec. 989; *Wheeler v Laudani*, U.S. Court of Appeal, Sixth Circuit, 783 F.2d 610 (1986).

Un terzo elemento, che si ricava tanto dalla definizione fornita dal *Restatement (Second) of Judgments* quanto dalla giurisprudenza, è il requisito della necessità: gli effetti di *issue preclusion* si producono unicamente con riferimento alle questioni la cui determinazione sia stata necessaria ed essenziale per la decisione della causa.

Quest'ultimo requisito si giustifica generalmente per due ordini di ragioni. In primo luogo, è ben possibile che il primo giudice non abbia prestato troppa attenzione nel dirimere una problematica che, in fin dei conti, non era decisiva per la soluzione della controversia. In secondo luogo, lo specifico accertamento compiuto dal giudice potrebbe non essere nemmeno passibile di impugnazione; in caso di appello, infatti, la soluzione della questione sarebbe irrilevante ai fini della conferma o della riforma della decisione e, pertanto, la determinazione compiuta dal giudice di prime cure potrebbe difficilmente formare oggetto di un diverso apprezzamento¹¹⁶.

Anche nell'ordinamento federale degli Stati Uniti sono, poi, presenti talune eccezioni all'operatività della *issue preclusion*, dettagliate alla Sezione 28 del *Restatement (Second) of Judgments*¹¹⁷. Senza soffermarci oltre-

¹¹⁶ *U.S. v Hussein*, U.S. Court of Appeal, Second Circuit, 178 F.3d 125 (1999), spec. 129; *U.S. v Weems*, U.S. Court of Appeal, Ninth Circuit, 49 F.3d 528 (1995), spec. 532; *Commercial Associates v Tilcon Gammino, Inc.*, U.S. Court of Appeal, First Circuit, 998 F.2d 1092 (1993), spec. 1097; *Mother's Restaurant Inc. v Mama's Pizza Inc.*, U.S. Court of Appeal, Federal Circuit, 723 F.2d 1566 (1983), spec. 1571-1572.

¹¹⁷ In particolare la § 28 del *Restatement (Second) of Judgments* prevede che:

«Although an issue is actually litigated and determined by a valid and final judgment, and the determination is essential to the judgment, relitigation of the issue in a subsequent action between the parties is not precluded in the following circumstances:

(1) The party against whom preclusion is sought could not, as a matter of law, have obtained review of the judgment in the initial action; or

(2) The issue is one of law and (a) the two actions involve claims that are substantially unrelated, or (b) a new determination is warranted in order to take account of an intervening change in the applicable legal context or otherwise to avoid inequitable administration of the laws; or

(3) A new determination of the issue is warranted by differences in the quality or extensiveness of the procedures followed in the two courts or by factors relating to the allocation of jurisdiction between them; or

(4) The party against whom preclusion is sought had a significantly heavier burden

modo sul punto, per gli scopi del presente lavoro sembra interessante rilevare come nel sistema americano non sia attribuita efficacia di *issue preclusion* alle decisioni avverso le quali le parti non hanno potuto proporre impugnazione¹¹⁸. Altrettanto rilevante è la clausola generale di cui al punto (5), in forza della quale al giudice è lasciato un ampio margine di apprezzamento nella determinazione degli effetti preclusivi della prima decisione.

3.2.3. *Alcune considerazioni in merito alla preclusione delle questioni di fatto e di diritto*

Come si può agevolmente ricavare da quanto appena esaminato, l'estensione del giudicato alle questioni di fatto e di diritto decise in via pregiudiziale dal giudice nella soluzione della controversia solleva diverse problematiche, che, a loro volta, sono affrontate in modo sensibilmente diverse nei diversi ordinamenti.

In particolare, gli ordinamenti di *civil law* dimostrano generalmente una netta chiusura alla possibilità di riconoscere efficacia vincolante alle soluzioni delle questioni pregiudiziali. I pochi spiragli che sembrano aprirsi nell'ordinamento italiano, in realtà, non si spingono oltre alle questioni che siano comunque riferibili alla medesima fattispecie giuridica complessa da cui scaturisce il diritto soggettivo azionato in giudizio. Nei sistemi di tradizione continentale assume, poi, rilievo decisivo la distinzione tra dispositivo e motivazioni della sentenza; queste ultime rilevano, ai fini del giudicato, solo nella misura in cui permettano di comprendere il contenuto della decisione.

of persuasion with respect to the issue in the initial action than in the subsequent action; the burden has shifted to his adversary; or the adversary has a significantly heavier burden than he had in the first action; or

(5) There is a clear and convincing need for a new determination of the issue (a) because of the potential adverse impact of the determination on the public interest or the interests of persons not themselves parties in the initial action, (b) because it was not sufficiently foreseeable at the time of the initial action that the issue would arise in the context of a subsequent action, or (c) because the party sought to be precluded, as a result of the conduct of his adversary or other special circumstances, did not have an adequate opportunity or incentive to obtain a full and fair adjudication in the initial action».

¹¹⁸ Cfr. nota *supra*, sub punto (1).

Gli ordinamenti di *common law*, invece, ammettono generalmente il giudicato sulle questioni («issues») accertate dal giudice nella soluzione della controversia, pur con le cautele di cui si è detto.

A ben vedere, tali difformità di approccio non sono altro che la conseguenza di un diverso modo di concepire il processo civile. Se nei sistemi di *common law* la decisione del giudice è concepita alla stregua di una «attestazione giudiziale» di ciò che è effettivamente accaduto – e, di conseguenza, si pretende che essa rispecchi la verità dei fatti e dei rapporti giuridici considerati –, nei sistemi di *civil law* il processo civile è diretto unicamente a dirimere la specifica controversia dedotta in giudizio, determinando le conseguenze giuridiche delle circostanze allegate dalle parti, senza, in fondo, la pretesa di attestare la verità storica sulle circostanze di fatto e sui rapporti giuridici oggetto di esame¹¹⁹.

Appare, altresì, utile soffermarsi su un punto spesso oggetto di scarsa considerazione da parte degli autori che si sono occupati del tema in esame. Negli ordinamenti di *common law*, il regime delle preclusioni che si accompagna alla nozione di «issue estoppel» (o di «issue preclusion») ha ben poco a che spartire con la disciplina della «cause of action estoppel» (o «claim preclusion»). In particolare, gli ordinamenti di tradizione anglosassone dimostrano grande consapevolezza di come, in questi casi, la tutela del contraddittorio assuma una valenza particolarmente pregnante. Da ciò deriva una serie di conseguenze di non poco rilievo: le preclusioni sulle questioni (asseritamente) decise dal primo giudice non si producono mai in modo automatico, ma sono sempre soggette al prudente apprezzamento del giudice, nel rispetto delle esigenze di giustizia cui si informa l'ordinamento; possono ritenersi coperte da giudicato le sole questioni che siano state oggetto di discussione e di decisione e che assumono valenza decisiva nella risoluzione della controversia; a tale scopo, il secondo giudice è chiamato a vagliare con molta attenzione tutto il materiale processuale da cui si possa evincere l'effettiva formazione del contraddittorio sulla questione, nonché l'ampiezza della cognizione del primo giudice; l'emersione di nuove prove o il mutamento del quadro giuridico di riferimento non sono privi di conseguenze, ma sono, al contrario, idonei a incidere

¹¹⁹ S. BREKOULAKIS, *The Effect of an Arbitral Award and Third Parties in International Arbitration: Res Judicata Revisited*, cit., p. 182.

sul vincolo di insindacabilità cui soggiacciono le questioni decise nel primo processo.

In definitiva, sebbene tanto le preclusioni riferibili alla situazione soggettiva oggetto della domanda (*cause of action estoppel* o *claim preclusion*) quanto le preclusioni riferibili alle questioni di fatto e di diritto accertate in via pregiudiziale dal giudice (*issue estoppel* o *issue preclusion*) debbano ricondursi alla più generale teoria della *res judicata*, è lo stesso concetto di «giudicato» che sembra assumere un significato e una portata differente nelle due situazioni considerate.

3.3. *Il terzo cerchio concentrico: gli effetti preclusivi nei confronti delle situazioni soggettive connesse a quanto ha formato oggetto del primo giudizio*

Fin qui si sono considerati gli effetti di giudicato prodotti dalla decisione giudiziale nei confronti della situazione soggettiva oggetto della domanda (primo cerchio concentrico) e delle questioni di fatto e di diritto accertate dal giudice nella risoluzione della controversia (secondo cerchio concentrico). Occorre ora indagare se gli effetti del giudicato possano estendersi sino al punto da precludere anche la trattazione di pretese giuridiche diverse ma oggettivamente connesse alla domanda formulata nel primo giudizio (terzo e ultimo cerchio concentrico). In altre parole, ci si deve domandare se esista un obbligo in capo alle parti di concentrare in un unico procedimento tutte le azioni riferibili a un medesimo fascio di rapporti giuridici.

Come già accennato, gli ordinamenti processuali di tradizione continentale si informano al principio dispositivo, a mente del quale la scelta se richiedere la tutela giurisdizionale di un diritto disponibile è rimessa alla piena discrezionalità del suo (presunto) titolare; tramite l'esercizio dell'azione, l'autorità giurisdizionale è investita del potere-dovere di pronunciarsi sulle sole domande formulate dalle parti e, pertanto, con riferimento alle sole posizioni soggettive per cui è richiesta tutela. I diversi diritti soggettivi non dedotti in giudizio, per quanto connessi alla controversia, non sono in alcun modo pregiudicati dall'esercizio dell'azione e, di conseguenza, la scelta se azionarli in un successivo procedimento rimane nella piena disponibilità dei rispettivi titolari. Si deve quindi escludere che, negli ordinamenti di *civil law*, la decisione giudiziale sia idonea a produrre effetti preclusivi nei confronti delle pretese giuridiche non de-

dotte in giudizio, ancorché oggettivamente connesse alla controversia¹²⁰.

Nell'ordinamento inglese, al contrario, un risalente precedente della *Court of Chancery*¹²¹ ha ammesso la possibilità che la decisione giudiziale produca effetti preclusivi anche nei confronti delle azioni che, in astratto, l'attore avrebbe potuto proporre unitamente alla domanda formulata nel primo contenzioso. In particolare, nel caso *Henderson v Henderson* – che ha, poi, dato il nome al principio in esame – la Corte ha affermato che: «Where a given matter becomes the subject of litigation in, and of adjudication by a Court of competent jurisdiction, the Court requires the parties to that litigation to bring forward their whole case, and will not (except under special circumstances) permit the same parties to open the same subject of litigation in respect of matter which might have been brought forward as part of the subject in contest, but which was not brought forward, only because they have, from negligence, inadvertence, or even accident, omitted part of their case. The plea of *res judicata* applies, except in special cases, not only to points upon which the Court was actually required by the parties to form an opinion and pronounce a judgment, but to every point which properly belonged to the subject of litigation, and which the parties, exercising reasonable diligence, might have brought forward at the time»¹²².

L'applicazione della regola, ovviamente, non è automatica; al giudice è, infatti, richiesta una scrupolosa analisi delle circostanze del caso concreto, onde appurare l'effettiva abusività della nuova azione. Una cosa, infatti, è impedire alle parti di ridiscutere quanto sia già stato oggetto di giudizio; tutt'altra cosa, invece, è impedire l'esercizio di una nuova azione, su cui non è mai intervenuta la decisione di un giudice¹²³.

¹²⁰ Cfr., per tutti, C. CHAINAIS, *Le principe dispositif: origines historiques et droit comparé*, in E. JEULAND, L. FLISE (a cura di), *Le procès civil est-il encore la chose des parties ?*, Paris, 2015, p. 9 ss.

¹²¹ Appare significativo che il principio in esame sia stato introdotto proprio dalla *Court of Chancery*. Come noto, tale Corte – oggi dissolta e sostituita dalla *Chancery Division* della *High Court of Justice* – non era tenuta alla stretta applicazione delle regole del *common law* inglese, ma, attraverso l'applicazione dei principi di *equity*, poteva contribuire allo sviluppo ed evoluzione del diritto inglese.

¹²² *Henderson v Henderson* (1843) 67 E.R. 313, 3 Hare 100, spec. 115.

¹²³ *Johnson v Gore Wood* [2002] 2 AC 1, spec. 59: «to deny the opportunity of liti-

Il principio *Henderson* ha trovato ampia conferma nella giurisprudenza¹²⁴, sebbene siano stati avanzati a più riprese dubbi in merito alla sua riconducibilità alla teoria della *res judicata*. In effetti, esso risponde alle medesime ragioni di *policy* perseguite dalla *cause of action estoppel* e dalla *issue estoppel*; in particolare, il principio in esame intende assicurare la definitività delle decisioni e impedire che la parte vittoriosa nel primo procedimento sia vessata e ingiustamente costretta a difendersi in nuovi procedimenti instaurati al solo scopo di ottenere una seconda *chance* di fronte a un giudice diverso. D'altro lato, secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, la regola *Henderson* sarebbe da ricondursi alla teoria dell'*abuse of process* e non, invece, ai principi che garantiscono la definitività del giudicato¹²⁵. Come suggerito da Andrews, la regola in esame si distingue chiaramente dalla teoria della *res judicata* per il semplice fatto che preclude (per definizione) la trattazione della «cosa non giudicata». Nella visione dell'autore, il principio in parola può certo concepirsi come un'appendice della *res judicata* – dato che, come la teoria qui presa in esame, ha come fine indiretto quello di garantire la definitività della decisione – ma non deve essere confusa con la *cause of action estoppel* e la *issue estoppel*¹²⁶.

Benché nella giurisprudenza maggioritaria inglese la regola *Henderson* sia ricondotta al principio della *res judicata*, per gli scopi del presente lavoro appaiono pienamente condivisibili i rilievi mossi da Andrews. La preclusione di domande connesse ma pacificamente distinte dall'oggetto

gating for the first time a question which has not been adjudicated upon (...) is prima facie a denial of the citizen's right of access to the court conferred by the common law and guaranteed by Article 6(1) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms». Cfr. anche *Gairy v Attorney General of Grenada* [2002] 1 AC 167; *Barakot v Epiette Ltd* [1998] 1 BCLC 283, CA.

¹²⁴ Cfr. *ex multis* *Vervaeke v Smith* [1983] 1 A.C. 145, spec. 157 ss.; *Johnson v Gore Wood* [2002] 2 A.C. 1; *Taylor v Laurence* [2002] EWCA Civ 90, secondo cui «parties who are involved in litigation are expected to put before the court all the issues relevant to that litigation. If they do not, they will not normally be permitted to have a second bite at the cherry».

¹²⁵ P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, cit., pp. 23-24. Nello stesso senso cfr. *Barrow v Bankside Members Agency Ltd* [1996] 1 WLR 257.

¹²⁶ N. ANDREWS, *English Civil Procedure*, cit., par. 40.60.

della prima causa è, tutt'al più, un effetto processuale indiretto della decisione giudiziale, che, pertanto, pare più opportuno ricondurre al principio dell'abuso del processo, piuttosto che a quello del giudicato.

3.4. *Considerazioni sintetiche sui limiti oggettivi del giudicato*

All'esito dell'analisi comparata delle regole in materia di limiti oggettivi del giudicato – che per forza di cose si è dovuta limitare a un esame sinottico delle rispettive discipline nazionali – è possibile ricavare alcune considerazioni di particolare rilievo.

Il primo dato che emerge con chiarezza è la mancanza di uniformità nella disciplina del giudicato. Tuttavia, come detto in apertura di paragrafo, piuttosto che limitarsi ad attestare le differenze nella regolamentazione del fenomeno in esame – di per sé facilmente pronosticabili – è certamente più interessante interrogarsi circa le ragioni che giustificano una simile diversità di approccio alla teoria della *res judicata*.

Per quanto riguarda gli effetti di giudicato sulla situazione soggettiva che ha formato oggetto di giudizio, come si è visto, le principali differenze si manifestano con riferimento alla preclusione del «deducibile». Sebbene, infatti, tutti gli ordinamenti ricomprendano entro i limiti oggettivi del giudicato anche i motivi di diritto che le parti hanno omesso di dedurre a sostegno delle rispettive pretese giuridiche, le diverse interpretazioni della nozione di *causa petendi*, unite alla differente definizione dei poteri del giudice nel processo, contribuiscono a produrre risultati parzialmente difformi. In particolare, negli ordinamenti di *civil law*¹²⁷, il giudice ha generalmente il potere-dovere di individuare le norme applicabili alla controversia, indipendentemente dalla qualificazione giuridica della fattispecie proposta dalle parti. Di conseguenza, il rischio che gli effetti preclusivi si estendano oltre ciò che ha effettivamente formato oggetto di giudizio è, nei fatti, sensibilmente ridotto; come si è visto, la mancata considerazione di taluni motivi di diritto comporta di per sé un'implicita valutazione in merito alla loro irrilevanza. Molto diversa, invece, è la soluzione adottata dagli ordinamenti di *common law*, dove il giudice non

¹²⁷ Con l'eccezione dell'ordinamento francese, cfr. *supra*, al paragrafo 3.1.3.

solo non ha il dovere, ma (secondo alcuni) nemmeno il potere di riqualificare giuridicamente le domande formulate dalle parti. In questo caso, la preclusione del deducibile potrebbe impedire nei fatti la considerazione di motivi di diritto potenzialmente decisivi per la corretta risoluzione della controversia.

Quando poi si considerano gli effetti del giudicato sulle questioni pregiudiziali, le differenze si acuiscono ancor di più. Come visto, gli ordinamenti di *civil law* – più propensi a tutelare in modo rigoroso il diritto al contraddittorio e alla difesa – non riconoscono efficacia di giudicato all'accertamento compiuto dal giudice in merito alle questioni di fatto e di diritto che questi abbia dovuto risolvere per decidere la controversia. Al contrario, gli ordinamenti di *common law* – più attenti alle esigenze di economia processuale – ammettono tale genere di preclusioni, sebbene le subordinino a un esame scrupoloso delle circostanze specifiche del caso di specie, volto ad appurare che le questioni di cui si dibatte siano state effettivamente discusse e decise in occasione del primo processo. L'operatività di tali effetti di giudicato non è, pertanto, automatica; al contrario, il bilanciamento tra le esigenze di economia processuale e di tutela del contraddittorio è affidato all'apprezzamento del giudice, il quale sarà chiamato a valutare l'opportunità dell'applicazione del limite del giudicato al caso concreto.

Ancor più netta è la frattura che separa gli ordinamenti continentali dagli ordinamenti di tradizione anglosassone con riferimento ai possibili effetti di giudicato della sentenza sulle posizioni soggettive diverse ma connesse alla pretesa giuridica azionata nel primo contenzioso. In particolare, se gli ordinamenti di *civil law* rimangono fedeli al principio dispositivo – in forza del quale la scelta se richiedere o meno la tutela giurisdizionale di un dato diritto soggettivo è lasciata alla discrezione del suo presunto titolare – gli ordinamenti di *common law* sanzionano le condotte asseritamente abusive del processo e, di fatto, prevedono l'obbligo di concentrare tutte le domande teoricamente riferibili alla medesima controversia in un'unica azione. Come si è detto, a rigor di logica tali effetti preclusivi non sembrano potersi ascrivere alla teoria della *res judicata*, poiché essi si riferiscono pacificamente alla «cosa non giudicata». È, tuttavia, interessante sottolineare come la giurisprudenza inglese – conscia delle possibili limitazioni del diritto al contraddittorio – abbia suggerito un'estrema cautela

nell'applicazione di tale genere di preclusioni. In particolare, al giudice è richiesta un'attenta valutazione di tutti gli elementi del primo procedimento, onde verificare non tanto che le domande formulate nel nuovo processo siano già state oggetto di decisione (circostanza che, per definizione, non sarebbe possibile riscontrare) quanto piuttosto che la nuova azione sia nei fatti abusiva, perché volta a riaprire una controversia che la prima sentenza aveva inteso risolvere in modo definitivo, ovvero a vessare giudizialmente una parte che ha già dimostrato la bontà delle proprie ragioni in un precedente contenzioso.

In definitiva, le non poche differenze che caratterizzano la disciplina del giudicato a livello nazionale sembrano potersi ricondurre alle diverse scelte che ogni ordinamento compie con riferimento al bilanciamento tra le esigenze di economia processuale e di tutela del contraddittorio: si tratta in tutti i casi di scelte legittime e con eguale dignità giuridica; semplicemente esse rispondono a sistemi di riferimento valoriali in parte differenti e, come detto, non possono qualificarsi in quanto tali come «giuste» o «sbagliate».

4. I limiti soggettivi del giudicato

Fin qui si sono considerati i limiti oggettivi della teoria della *res judicata*. Gli effetti preclusivi del giudicato conoscono, tuttavia, delle limitazioni anche con riguardo ai soggetti che possono considerarsi vincolati dalla decisione giudiziale.

Se nei precedenti paragrafi si è visto che, perché si producano gli effetti preclusivi del giudicato, è richiesta sul piano oggettivo un'identità di causa e di oggetto (con tutte le differenti accezioni di cui si è dato conto), sul piano soggettivo è generalmente previsto il requisito dell'identità delle parti. In linea di principio, infatti, la decisione vincola unicamente i soggetti che hanno preso parte al procedimento, secondo la massima latina: «*res inter alios judicata tertio neque nocet neque prodest*». Solo le parti, infatti, hanno avuto modo di presentare le loro deduzioni con riferimento alla situazione giuridica soggettiva oggetto del contenzioso; un'estensione degli effetti vincolanti della decisione anche a soggetti che non ab-

biano partecipato al processo si tradurrebbe in un'aperta violazione dei diritti di difesa degli stessi ¹²⁸.

Se questa è la regola generale, vi sono, nondimeno, talune eccezioni, di cui si daremo conto nelle pagine successive. Peraltro, anche con riferimento ai limiti soggettivi del giudicato, la differente caratterizzazione delle nozioni impiegate nei diversi ordinamenti può produrre conseguenze nella disciplina specifica della *res judicata*. In particolare, come si vedrà, gli ordinamenti di *common law* accolgono una nozione di «parte» più ampia di quella accolta negli ordinamenti di *civil law*, sicché, anche sul piano soggettivo, gli effetti di giudicato conosceranno una differente estensione a seconda dell'ordinamento che viene in rilievo.

4.1. *Il requisito dell'identità delle parti negli ordinamenti di civil law*

Negli ordinamenti di *civil law* è pacifico che gli effetti del giudicato vincolano non soltanto le parti, ma anche i loro eredi e aventi causa. Ciò, d'altronde – oltre a essere espressamente previsto dal diritto positivo italiano e tedesco ¹²⁹ – risponde a logiche di facile comprensione. Come detto in precedenza, la decisione giudiziale rappresenta la volontà della legge per il caso concreto e, pertanto, è in grado di incidere sul piano giuridico modificando la situazione soggettiva oggetto della controversia. Una volta intervenuta la modifica (o la conferma) della situazione giuridica in og-

¹²⁸ Per contro, si potrebbe obiettare che, se la decisione giudiziale riflette la verità di quanto accaduto in natura e, di conseguenza, dei rapporti giuridici in essere tra le parti, dimodoché che essa non possa essere relativizzata; l'accertamento giudiziale ivi contenuto dovrebbe, insomma, valere anche per i soggetti terzi che, in qualsiasi modo, entrino in contatto con la situazione giuridica soggettiva oggetto della controversia. Tuttavia, in questo modo si dimentica che – quantomeno negli ordinamenti di *civil law* – la verità raggiunta dal giudice è unicamente una verità processuale. Il ruolo del giudice è, infatti, quello di risolvere le controversie, a partire dalle domande formulate dalle parti e in base ai fatti dedotti in giudizio; non è certo quello di stabilire la verità (intesa in senso assoluto e naturalistico). D'altronde un simile principio non sembra estraneo nemmeno alle corti di *common law*; si veda a titolo di esempio, quanto affermato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Brown v Allen*: «we are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final».

¹²⁹ Cfr. art. 2909 c.c.; § 325 ZPO; ma si veda, ad esempio, la decisione del Tribunale Federale svizzero, sentenza 4A_545/2013, del 28 novembre 2013.

getto, il fascio di rapporti che scaturisce dai diritti soggettivi coinvolti nella controversia si conforma al precetto contenuto nella sentenza; laddove, poi, tali diritti siano oggetto di trasferimento, colui che succede a titolo universale o particolare non può che sostituirsi al precedente titolare nella medesima posizione in cui quest'ultimo si trovava al momento della cessione. Pertanto, anche nei suoi confronti opereranno le preclusioni derivanti dalla precedente decisione giudiziale¹³⁰.

Peraltro, i singoli ordinamenti presentano alcune peculiarità che meritano un esame più dettagliato. Nell'ordinamento francese, ad esempio, l'art. 1355 c.c. richiede non soltanto che le parti siano fisicamente le stesse, ma che agiscano anche nella medesima qualità. A titolo di esempio, se Tizio in qualità di curatore fallimentare della società Alfa, propone azione di responsabilità contro Caio, già amministratore della medesima società, l'eventuale sentenza non precluderà futuri giudizi tra le stesse parti (evidentemente sulla stessa causa) laddove Tizio agisca nel secondo procedimento in qualità di socio di minoranza della società. Peraltro, in determinati casi la giurisprudenza francese, facendo leva su un'interpretazione particolarmente ampia della nozione di «rappresentanza», estende gli effetti preclusivi del giudicato ai soggetti che, pur non prendendo formalmente parte al giudizio, presentino un interesse qualificato nella soluzione della lite¹³¹.

Anche l'ordinamento italiano, dal canto suo, conosce talune limitate eccezioni al principio «res inter alios judicata tertio neque nocet neque

¹³⁰ Laddove, invece, il trasferimento del diritto controverso abbia luogo in corso di causa, l'art. 111 c.p.c. prevede che, sebbene il processo continui tra le parti originarie, la sentenza produca effetti anche nei confronti del successore a titolo particolare. In questo caso il legislatore ha operato un bilanciamento tra la tutela costituzionale del diritto di azione – di cui all'art. 24, comma 1, Cost. – e la tutela del diritto di difesa – di cui all'art. 24, comma 2, Cost. – a favore della prima. Se, poi, si considera che al successore a titolo particolare è comunque attribuita la facoltà di intervenire in corso di causa (*ex* art. 111, comma 3, c.p.c.) non si può che notare come l'eventuale produzione di effetti nei confronti del soggetto che non abbia preso parte al processo dipenderà, in buona sostanza, da una sua libera scelta, giacché, pur potendo, ha deciso di non intervenire.

¹³¹ Vuoi per espressa conferimento del potere di rappresentanza, vuoi per l'indivisibilità della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, cfr. M. DOUCHY-LOUDOT, *Autorité de la chose jugée au civil sur le civil*, cit., par. 132 ss.

prodest». In particolare, in caso di obbligazione solidale, l'art. 1306 c.c. italiano prevede che: «1. La sentenza pronunciata tra il creditore e uno dei debitori in solido, o tra il debitore e uno dei creditori in solido, non ha effetto contro gli altri debitori o contro gli altri creditori. 2. Gli altri debitori possono opporla al creditore, salvo che sia fondata sopra ragioni personali al condebitore; gli altri creditori possono farla valere contro il debitore, salve le eccezioni personali che questi può opporre a ciascuno di essi».

Come si può vedere, il primo comma della disposizione in commento non rappresenta altro che la lineare applicazione della regola in materia di limiti soggettivi del giudicato sancita dall'art. 2909 c.c. Il secondo comma, invece, introduce un'eccezione: laddove il creditore agisca nei confronti di uno degli (asseriti) debitori solidali e si veda rigettata la domanda per ragioni non riferibili unicamente al rapporto specifico che intercorre tra i due soggetti, gli altri debitori solidali, che pure non hanno preso parte al procedimento, potranno opporre la decisione al creditore e, quindi, potranno giovare degli effetti favorevoli della sentenza.

Il medesimo principio vale in caso di credito solidale: i creditori che non abbiano preso parte al procedimento hanno titolo per far valere nei confronti del debitore la sentenza favorevole al creditore solidale. La giurisprudenza ha avuto modo di precisare che «la prevalenza dell'unitarietà dell'obbligazione solidale nascente dallo stesso titolo sul suo aspetto pluralistico, sancita dal citato art. 1306, opera, sul piano processuale come deroga ai limiti soggettivi del giudicato e ne consente l'estensione, prescindendo dalle vicende extraprocessuali relative alla situazione sostanziale in cui versa il condebitore inerte, il quale perciò non incontra limiti diversi da quelli costituiti dal giudicato diretto o da preclusioni processuali»¹³².

¹³² Corte di Cassazione, sez. trib., 26 giugno 2003, n. 10202, in *DeJure.it*. Da ciò consegue anche che le ipotesi di cui al secondo comma potranno valere solo nel limite in cui, nei confronti del creditore o debitore solidale che intende avvalersi della sentenza resa nel procedimento in cui non ha preso parte, non si sia formato un altro giudicato di segno diverso, poiché in tal caso l'estensione degli effetti favorevoli trova ostacolo nella preclusione maturatasi con l'avvenuta definitività della sua posizione. Cfr. *ex multis* Corte di Cassazione, sez. trib., 5 luglio 2017, n. 16560, in *DeJure.it*. Il medesimo principio si applica anche nell'ordinamento francese, per effetto della teoria della rappresentazione, cfr. M. DOUCHY-OU DOT, *Autorité de la chose jugée au civil sur le civil*, cit., par. 143.

In via di principio, quindi, gli ordinamenti di tradizione continentale privilegiano un'interpretazione piuttosto rigida del requisito dell'identità delle parti. In linea generale sembra potersi affermare che, nei sistemi considerati, le eccezioni a tale principio sono molto limitate e, perlopiù, determinate in modo tassativo dal legislatore¹³³.

4.2. *Il requisito dell'identità delle parti negli ordinamenti di common law*

Negli ordinamenti di *common law* il requisito dell'identità delle parti è interpretato in termini più labili. In particolare, vengono in rilievo due distinte problematiche.

Da un lato, gli ordinamenti di tradizione anglosassone hanno sviluppato la nozione di *privity*, che – come si vedrà tra poco – contribuisce a estendere il novero dei soggetti vincolati dalla sentenza, pur in assenza di una specifica previsione legislativa in tal senso.

In secondo luogo, nell'ordinamento statunitense i limiti soggettivi del giudicato conoscono una diversa estensione a seconda che si tratti delle preclusioni in merito alle situazioni soggettive oggetto del giudizio (*claim preclusion*), ovvero delle questioni di fatto e di diritto pregiudiziali alla decisione della controversia (*issue preclusion*).

4.2.1. *Il concetto di «privity» e l'estensione dei limiti soggettivi del giudicato*

In linea di principio, negli ordinamenti di *common law* gli effetti del giudicato non si estendono unicamente ai soggetti che abbiano preso parte al procedimento, ma vincolano altresì tutti coloro che siano in relazione di *privity* con le parti¹³⁴. La definizione precisa del concetto di «privi-

¹³³ S. BREKOUAKIS, *The Effect of an Arbitral Award and Third Parties in International Arbitration: Res Judicata Revisited*, cit., p. 186.

¹³⁴ È opportuno precisare come nel *common law* si distingue tra «judgments *in personam*» – ovvero le decisioni che stabiliscono i diritti e gli obblighi reciproci tra i contendenti – e «judgments *in rem*» – ovvero le decisioni che determinano lo stato di una persona o di una cosa con effetti *erga omnes*. Le considerazioni che seguono in materia di limiti soggettivi del giudicato si riferiscono necessariamente ai soli «judgments *in personam*». Per definizione, infatti, gli effetti dei «judgments *in rem*» si producono nei confronti della generalità dei consociati.

ty» – che assume significati differenti nell'ordinamento inglese e nell'ordinamento statunitense – è compito arduo¹³⁵.

In particolare, in Inghilterra si conoscono tre categorie di *privy*: «*privy in blood*», «*privy in title*» e «*privy in interest*». La categoria di *privy in blood* include gli ascendenti e i discendenti del soggetto che ha preso parte al procedimento; la categoria di *privy in title* include i successori a titolo universale o particolare nel diritto controverso; la categoria di *privy in interest*, infine, ricomprende tutti i soggetti che presentino un qualsivoglia interesse, di origine legale o consensuale, con riferimento all'oggetto della controversia¹³⁶. Con tutta evidenza, le maggiori difficoltà sorgono con riferimento alla definizione di quest'ultima categoria¹³⁷. Il giudice sarà chiamato a verificare se, nel caso concreto, i soggetti coinvolti siano effettivamente legati da un comune interesse, che non si risolva in una mera curiosità o preoccupazione di carattere generale circa l'esito del procedimento; si deve, infatti, trattare di un legame tale per cui: «Having due regard to the subject matter of the dispute, there must be a sufficient degree of identification between the two to make it just to hold that the decision to which one was party should be binding in proceedings to which the other is party»¹³⁸.

In definitiva, non sembra possibile individuare in astratto delle categorie di relazioni (giuridiche o fattuali) da cui scaturisca, sempre e comunque, un legame che possa qualificarsi come *privy in interest*. Ancora una volta, la definizione dell'estensione del giudicato – in questo caso sotto il suo profilo soggettivo – è rimessa al libero apprezzamento del giudice, che, di volta in volta, dovrà valutare l'opportunità di ritenere vinco-

¹³⁵ Come indicato dalla stessa House of Lords, «*there is a dearth of authority in England upon the question of privies*», cfr. *Carl-Zeiss Stiftung v Rayner & Keeler Ltd (No 2)* [1967] 1 AC 853, spec. 936 (HL). Cfr. anche J.K. MORRIS, *Nonparties and Preclusion by the Judgment: the Privy Rule Reconsidered*, in *California L. Rev.*, 1968, 56, p. 1101, secondo cui non esiste una definizione generalmente accolta della nozione di *privy*.

¹³⁶ P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, cit., p. 69.

¹³⁷ Cfr., *ex multis*, *Gleeson v J Wippell & Co. Ltd.* (1977) 1 WLR 510, spec. 515; *House of Spring Gardens Ltd v Waite* [1991] 1 QB 241, spec. 252; *Resolution Chemicals Limited v H. Lundbeck A/S* [2013] EWHC 739, spec. par. 81 ss.

¹³⁸ *Gleeson v J. Wippell & Co. Ltd.* (1977) 1 W.L.R. 510, spec. 515.

lati al giudicato anche soggetti che non hanno preso parte al primo procedimento¹³⁹.

Negli Stati Uniti si rinvergono diverse definizioni della nozione di *privity*. In particolare, il concetto in parola starebbe a indicare i casi in cui: «the relationship between the one who is a party on the record and another is close enough to include that other within the res adjudicata»¹⁴⁰, o, ancora, «[the] parties are in such relationship to one another that a judgment involving one may justly be conclusive upon the other»¹⁴¹, o, infine, «privity exists when there is a substantial identity of interests between a party and a non-party such that the non-party is virtually represented in litigation»¹⁴².

Quale che sia la definizione più adeguata della nozione di «privity», quest'ultima appare in ogni caso più ampia del concetto accolto nel *common law* inglese e contribuisce a plasmare la nozione americana di *due process*; si ritiene, infatti, che un soggetto non possa essere vincolato da una decisione senza che a questi sia data l'opportunità di difendere in giudizio le proprie ragioni – e fin qui niente di diverso rispetto ai sistemi di *civil law* – salvo il caso in cui il soggetto terzo non si identifichi con

¹³⁹ Nello specifico – anche se come si è detto non è possibile individuare in astratto delle categorie di relazioni qualificabili come rapporti di *privity* – si è ritenuto esistente un rapporto di *privity in interest* nel rapporto tra *trustee* e beneficiario, cfr. *Churchill & Sim v Goddard* [1937] 1 KB 92; *Gleeson v Wippel & Co.* [1977] 1 WLR 510; *Young v Murphy* [1996] 1 VR 279, HCA. È stato, invece, escluso che il rapporto intercorrente tra licenziatario e utilizzatore di un diritto di proprietà intellettuale potesse qualificarsi come rapporto di *privity*, cfr. *Mecklermedia Corp. v DC Congress GmbH* [1988] Ch 40. Allo stesso modo non si è rinvenuto un rapporto di *privity* tra società e i soci di controllo della stessa, cfr. *Baratok Ltd v Epiette Ltd* [1988] 1 BCLC 283, CA.

¹⁴⁰ *Bruszewski v United States*, U.S. Court of Appeals, Third Circuit, 181 F.2d 419, 423 (1950). Cfr. anche *Searle Brothers v Searle*, Supreme Court of Utah, 588 P.2d 689 (1978); J.K. MORRIS, *Nonparties and Preclusion by the Judgment: the Privity Rule Reconsidered*, cit., p. 1101.

¹⁴¹ G.R. SHELL, *Res Judicata and Collateral Estoppel Effects of Commercial Arbitration*, in *UCLA Law Rev.*, 1988, p. 623 ss., spec. p. 640. Cfr. anche A.D. VESTAL, *Res Judicata/Preclusion*, cit., p. 108 ss.

¹⁴² *Public Service Co. of Colorado v Osmose Wood Preserving, Inc.*, Colorado Court of Appeals, 813 P.2d 785 (1991).

una parte e, cioè, che i suoi interessi siano stati comunque rappresentati in giudizio¹⁴³.

Peraltro, i redattori del *Restatement (Second) of Judgments* hanno preferito sostituire il termine «privity» – la cui definizione aveva suscitato numerosi dibattiti e, in particolare nella giurisprudenza più recente, aveva conosciuto una notevole estensione¹⁴⁴ – con il più neutro concetto di «relationship», per poi andare a trattare nello specifico tutti i casi in cui è possibile riconoscere un legame sostanziale tra gli interessi di una parte e di un terzo¹⁴⁵.

In definitiva, negli ordinamenti di *common law* gli effetti del giudicato si possono estendere anche a soggetti che non abbiano preso parte al procedimento, a condizione che la posizione soggettiva degli stessi si possa in qualche modo identificare con quella di una delle parti. Peraltro, mette conto osservare come in questo caso le differenti soluzioni accolte a livello nazionale non rispecchino soltanto un diverso bilanciamento tra le esigenze di economia processuale e di garanzia del giusto processo, ma dimostrino altresì (quantomeno nel caso degli Stati Uniti) un approccio sensibilmente difforme dall'interpretazione di queste stesse nozioni, reputando, ad esempio, compatibile con i principi di *due process* l'estensione del giudicato a soggetti i cui interessi siano stati solo virtualmente presi in considerazione nel corso del processo e su cui, pertanto, questi ultimi non abbiano avuto modo di contraddire.

4.2.2. Effetti della «issue estoppel» e della «issue preclusion» verso i terzi

Nell'ordinamento statunitense i limiti soggettivi del giudicato conoscono un'ulteriore estensione, di per sé indipendente dalla relazione che lega

¹⁴³ R.L. MARCUS, M.H. REDISH, E.F. SHERMAN, *Civil Procedure – A Modern Approach*, cit., p. 1164.

¹⁴⁴ *Restatement (Second) of Judgments*, Introduzione: «It may be less misleading if not much more meaningful to use the term “relationship” between parties instead of “privity.” The term “privity” tends to suggest a connection that is close and perhaps more or less voluntary. In the law of claim and issue preclusion, however, binding consequences can ensue for or against a third party whose only legal connection to the transaction is through the judgment itself».

¹⁴⁵ Cfr. *Restatement (Second) of Judgments*, §§ 43-61.

il terzo a una delle parti del processo. Se la giurisprudenza inglese è chiara nell'individuare quale presupposto per l'applicazione della *issue estoppel* il requisito dell'identità delle parti (o dei loro *privies*)¹⁴⁶, la § 29 *Restatement (Second) of Judgments* estende gli effetti della *issue preclusion* ai successivi procedimenti che coinvolgano il soggetto vincolato dalla preclusione e un soggetto terzo¹⁴⁷.

Occorre notare come la preclusione in parola operi solo in favore del terzo; in altre parole, quest'ultimo (se non presenta legami di *privity* con i soggetti che hanno preso parte al precedente procedimento) non è vincolato dagli accertamenti compiuti nel precedente procedimento, ma potrà comunque trarne vantaggio. Come ovvio, anche in questo caso valgono le cautele poste a tutela del diritto al contraddittorio, di cui si è detto sopra¹⁴⁸. In particolare, il giudice dovrà valutare la rispondenza delle preclusioni in esame con le esigenze di giustizia che le stesse intendono perseguire; laddove appaia «ingiusto» impedire la ritrattazione delle questioni già accertate – perché ad esempio la parte al primo procedimento non ha avuto una piena opportunità di contraddire sulla questione in esame – la *issue estoppel* non opererà.

Con tutta evidenza, la regola accolta dalla § 29 rappresenta un'eccezione al principio secondo cui «res inter alios judicata tertio neque nocet neque prodest». Peraltro, diversamente dagli ordinamenti di *civil law*, tale eccezione non opera soltanto con riferimento alle (poche) ipotesi determinate espressamente dal legislatore, ma ha valenza di regola generale ed è soggetta unicamente al prudente apprezzamento del giudice.

Un simile approccio all'estensione soggettiva della *issue preclusion* sembra riflettere, in realtà, una differenza ben più profonda, che distingue gli ordinamenti di *common law* dai sistemi di tradizione continentale. Come già accennato, se nei secondi la decisione giudiziale ha come unico scopo

¹⁴⁶ Cfr. *The Sennar (No 2)* [1985] 1 WLR 490, spec. 499.

¹⁴⁷ La § 29 del *Restatement (Second) of Judgments* prevede che: «A party precluded from relitigating an issue with an opposing party, in accordance with §§ 27 and 28, is also precluded from doing so with another person unless the fact that he lacked full and fair opportunity to litigate the issue in the first action or other circumstances justify affording him an opportunity to relitigate the issue».

¹⁴⁸ Cfr. *supra*, al paragrafo 3.2.2.

quello di risolvere un contrasto giuridico tra due soggetti e, pertanto, non ha la pretesa di affermare una verità assoluta – ma, si potrebbe dire, sempre relativa e autolimitata –, gli ordinamenti di tradizione anglosassone concepiscono la sentenza come l'attestazione giudiziale della verità storica e, pertanto, attribuiscono a quest'ultima un valore generale, seppur da contemperare con le esigenze di tutela del diritto al giusto processo.

5. *Considerazioni conclusive sulla disciplina nazionale dei limiti del giudicato delle sentenze statali interne*

Al termine dell'analisi comparata delle diverse discipline nazionali in materia di limiti oggettivi e soggettivi del giudicato prodotto dalle decisioni giudiziali, appare utile trarre alcune conclusioni, di particolare rilievo per uno studio sul funzionamento della teoria della *res judicata* nell'arbitrato commerciale internazionale. In particolare, dall'analisi appena condotta sembra potersi ricavare che:

- non esiste una disciplina uniforme della teoria della *res judicata*; gli ordinamenti nazionali presi in esame presentano, infatti, significative differenze nella regolamentazione del fenomeno del giudicato;

- tali differenze dipendono in buona sostanza da un diverso bilanciamento operato a livello di ogni singolo ordinamento giuridico nazionale tra i valori fondamentali e contrastanti che vengono in rilievo con riguardo alla teoria della *res judicata* e, segnatamente, con riferimento alle esigenze di economia processuale (nella sua dimensione tanto privata quanto pubblica) e al principio del giusto processo;

- tale diverso bilanciamento è influenzato, tra le altre cose, da due fattori:

- ogni ordinamento attribuisce un diverso significato e, quindi, un diverso peso, alla nozione di economia processuale e, soprattutto, al principio del giusto processo;

- gli ordinamenti di *civil law* e di *common law* concepiscono in modo sostanzialmente difforme le finalità del processo civile e, quindi, il ruolo svolto dalla decisione giudiziale.

Non pare, quindi, possibile esprimere un giudizio di valore, volto a individuare la disciplina più adeguata a regolare il fenomeno del giudicato; o, meglio, ogni giudizio di valore sarebbe necessariamente influenzato dalle opinioni dell'interprete, inevitabilmente condizionate, a loro volta, dalla particolare cultura giuridica di provenienza e da come sono concepiti i principi di economia processuale e del giusto processo. In realtà, le scelte operate a livello nazionale non sembrano potersi ascrivere a ragioni di necessità intrinseche al concetto di giudicato, ma appaiono come l'esito di un coerente sviluppo di premesse differenti. Tuttavia, mette conto osservare come la definizione delle discipline particolari del giudicato non si risolva in un mero «tecnicismo» procedurale, ma è frutto di considerazioni ben più complesse e riflette il «modo di intendere» e la rilevanza attribuita dai singoli ordinamenti a principi e valori fondamentali, che spesso trovano tutela anche a livello costituzionale.

CAPITOLO III

GLI EFFETTI DI GIUDICATO DEL LODO ARBITRALE DOMESTICO

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La natura giuridica del lodo arbitrale. – 3. La disciplina degli effetti del giudicato delle decisioni arbitrali negli ordinamenti nazionali. – 3.1. Le decisioni arbitrali negli ordinamenti di *civil law*. – 3.2. Le decisioni arbitrali negli ordinamenti di *common law*. – 4. Possibili limitazioni all'estensione degli effetti di giudicato del lodo arbitrale dipendenti dalle caratteristiche proprie dell'arbitrato. – 5. Alcune considerazioni conclusive in merito agli effetti di giudicato dei lodi arbitrali domestici.

1. *Considerazioni introduttive*

Nel capitolo precedente si è trattato dell'estensione oggettiva e soggettiva degli effetti di giudicato delle sentenze interne; si sono, cioè, esaminate le conseguenze giuridiche prodotte dalla decisione giudiziale all'interno dell'ordinamento giuridico da cui essa promana. Nondimeno, come noto, le parti potrebbero scegliere di non ricorrere alla tutela giurisdizionale approntata dagli ordinamenti statuali per la soluzione delle loro controversie, ma di devolverle, piuttosto, in arbitrato. In tale ipotesi si aggiunge una prima variabile che potrebbe rendere più complessa la determinazione dei confini dell'autorità della cosa giudicata: occorre, infatti, domandarsi se gli effetti di giudicato prodotti dal lodo arbitrale – e quindi le conseguenze giuridiche connesse alla decisione resa da soggetti che non ripetono la loro autorità direttamente dalla legge – ricalchino o siano comunque assimilabili a quelli prodotti dalla sentenza resa dal giudice comune.

È bene precisare, *in limine*, come nel presente capitolo si intendano considerare unicamente gli effetti dei lodi «domestici», cioè delle decisioni rese sul territorio dello Stato, ponendosi nella prospettiva degli ordinamenti giuridici nazionali. Non ci si occuperà, invece, degli effetti dei lodi arbitrali «stranieri», ovverosia dei lodi resi sul territorio di uno Stato diverso da quello in cui se ne chiede l'esecuzione. L'individuazione degli effetti di una decisione (del tutto) estranea all'ordinamento giuridico da cui essa trae la propria sanzione legale – nel senso e nei modi di cui si dirà nel prosieguo della trattazione – solleva, infatti, questioni di coordinamento tra le diverse discipline del giudicato che potrebbero venire in rilievo e, segnatamente, tra le discipline accolte nell'ordinamento di origine della decisione e in quello in cui questa è riconosciuta; tali problematiche, di natura prettamente conflittuale, saranno oggetto di specifica considerazione nel successivo capitolo¹.

Allo stesso modo, nella trattazione degli effetti dei lodi domestici non si distinguerà, almeno in prima battuta, tra lodi «interni» e lodi «internazionali». Come vedremo nei capitoli successivi, la distinzione tra le nozioni di «arbitrato internazionale» e «arbitrato interno» opera su un piano diverso rispetto alla distinzione tra le nozioni di «arbitrato domestico» e «arbitrato straniero»². In primo luogo, in una prospettiva prettamente statutale – che è poi il punto di vista che si intende assumere nel presente capitolo – gli effetti del lodo arbitrale internazionale reso sul territorio nazionale e, cioè, all'esito di un procedimento con sede all'interno dello Sta-

¹ Cfr. *infra*, capitolo IV. La scelta di riconoscere – e, se del caso, a quali condizioni e con quali effetti – il lodo arbitrale reso sul territorio di un altro Stato rientra, infatti, nel novero delle scelte discrezionali compiute a livello di ogni singolo ordinamento e, tuttalpiù, può essere oggetto di obbligazione sul piano del diritto internazionale, come nel caso della Convenzione di New York del 1958 per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere. Tuttavia, mette conto ricordare come la Convenzione in parola nulla dica circa le modalità con cui deve avvenire un simile riconoscimento – stabilendo unicamente che le procedure che regolano il riconoscimento dei lodi stranieri non debbano risultare più gravose di quelle previste per il riconoscimento dei lodi domestici –, né si preoccupi di individuare le norme processuali chiamate a disciplinare l'ambito di efficacia oggettiva e soggettiva della decisione arbitrale.

² Per una trattazione più specifica della distinzione tra le nozioni di «arbitrato straniero» e «arbitrato internazionale», cfr. *infra*, capitolo V, al paragrafo 1.2.

to, potrebbero non differenziarsi dagli effetti del lodo domestico interno. Come noto, pur con la rilevante eccezione dell'ordinamento francese, che tuttora mantiene un'impostazione «dualista» dell'arbitrato³, la maggioranza degli ordinamenti europei, inclusi quello italiano⁴ e quello tedesco, hanno oggi optato per un regime «monista» e, pertanto, non distinguono tra arbitrato interno e internazionale⁵. In secondo luogo, come si discuterà più sotto, parte della dottrina ha posto in dubbio la possibilità di ricondurre il lodo arbitrale internazionale nell'alveo di un (unico) ordinamento giuridico statale; alcuni autori si sono spinti sino a teorizzare l'esistenza di un ordinamento giuridico arbitrale, autonomo e indipendente dallo Stato in cui ha sede la procedura⁶. Altra dottrina ritiene, invece, possibile – se non necessario – valorizzare il vincolo che lega l'arbitrato agli ordinamenti giuridici statali che con tale fenomeno entrano in contatto, ma esclude che possa assumere rilevanza esclusiva l'ordinamento in cui ha sede il procedimento. Peraltro, a seconda della prospettiva adottata nella giurisdizione in cui il lodo è chiamato a spiegare i propri effetti – che, a rigor di logica, potrebbe variare da ordinamento a ordinamento – si renderà più o meno necessario ricorrere alle regole di coordinamento tra le discipline del giudicato. Volendo esaminare gli effetti di giudicato prodotti dai lodi domestici nella prospettiva degli ordinamenti nazionali, appare, dun-

³ Cfr. *ex multis* G. BONATO, *L'ultima riforma francese dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2012, pp. 493-494; P. MAYER, *Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international? (II. – L'arbitrage, Deuxième Séance)*, in *Rev. arb.*, 2005, p. 361 ss.; A.C. CREMADES, *El dualismo del nuevo derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización*, in *Rev. Club Esp. Arb.*, 2011, p. 41 ss.

⁴ Cfr. *ex multis* M.V. BENEDETTELLI, *International Arbitration in Italy*, Alphen aan den Rijn, 2020, pp. 14-15.

⁵ È questa, peraltro, l'impostazione accolta dalla Convenzione di New York del 1958 per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere. Il «Comitato per l'esecuzione dei lodi arbitrali internazionali» – istituito in seno al Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite, con il compito di predisporre il progetto di convenzione – considerò preferibile omettere ogni riferimento al «lodo internazionale», allo scopo di non creare inutili confusioni con l'arbitrato internazionale tra Stati (*Report of the committee on the enforcement of international arbitral awards*, 28 marzo 1955, E/2704).

⁶ Cfr. *infra*, capitolo V, al paragrafo 2.2.3.

que, più prudente non operare alcuna distinzione aprioristica tra lodi interni e lodi internazionali.

Delimitato l'oggetto dell'indagine, mette conto considerare anzitutto la natura del lodo; senza la pretesa di ripercorrere in poche pagine l'annoso dibattito che ha impegnato la dottrina e la giurisprudenza, non solo italiana, in merito alla natura della decisione arbitrale, occorrerà domandarsi se – e, se del caso, per quali ragioni – sia possibile qualificare il lodo come decisione di natura giurisdizionale⁷.

Si rende, poi, necessario analizzare più nel dettaglio gli effetti che gli ordinamenti nazionali attribuiscono alla decisione arbitrale. Come si vedrà, normalmente al lodo è riconosciuta un'efficacia di giudicato analoga a quella accordata alle sentenze rese dai giudici nazionali; salvo espressa previsione in senso contrario, i limiti oggettivi e soggettivi degli effetti della decisione arbitrale ricalcano perlopiù quelli delle decisioni rese dai giudici statali. D'altronde, nella prospettiva degli ordinamenti nazionali e con riferimento ai lodi domestici, non viene in rilievo – nemmeno in linea teorica – una disciplina alternativa in materia di effetti del giudicato, come, invece, potrebbe accadere con riferimento alle decisioni straniere. Pertanto, se si ammette che le decisioni arbitrali siano idonee a produrre effetti di giudicato, le regole sviluppate con riguardo alle sentenze nazionali costituiscono un imprescindibile punto di partenza per misurare l'efficacia dei lodi arbitrali.

Infine, si prenderanno in esame talune peculiarità del metodo di risoluzione delle controversie in esame, al fine di valutare i possibili limiti di una meccanica trasposizione ai lodi arbitrali delle regole sul giudicato elaborate con riguardo alle sentenze rese dall'autorità giudiziaria.

2. *La natura giuridica del lodo arbitrale*

Come noto, il potere degli arbitri riposa sulla libera scelta delle parti

⁷In considerazione della natura pacificamente negoziale dei lodi arbitrali «irrituali», nel presente capitolo, così come nel prosieguo dello studio, non prenderemo in considerazione tali decisioni.

che, nel deferire la soluzione delle loro controversie alla decisione di soggetti privati, scelgono al contempo di sottrarle all'ambito di cognizione del complesso apparato approntato dallo Stato per la tutela giurisdizionale dei loro diritti. Gli arbitri non sono, pertanto, depositari di una funzione giurisdizionale «pubblica», ma esercitano il loro compito nel ristretto ambito di materie che le parti attribuiscono alla loro cognizione. Tuttavia, nonostante il fondamento privato e volontaristico del loro potere, la decisione resa dagli arbitri è funzionale alla risoluzione di una controversia e intende fornire la «disciplina concreta» del rapporto giuridico in questione. Per le parti, l'efficacia della decisione arbitrale è, nei fatti, assimilabile a quella prodotta da una sentenza di identico contenuto emanata dal giudice togato, giacché il lodo, una volta reso, preclude a ogni altro giudice o arbitro di operare un diverso accertamento.

Per anni la giurisprudenza e la dottrina – non solo italiana⁸ – si sono divise sulla qualificazione della natura giuridica dell'arbitrato e del lodo arbitrale e, come si vedrà, neppure la più recente riformulazione delle disposizioni rilevanti – che esamineremo più nel dettaglio nelle pagine seguenti – pare aver sopito del tutto il dibattito nel nostro paese.

In particolare, secondo i fautori di una qualificazione privatistico-negoziale dell'arbitrato, non vi potrebbe essere identità effettuale tra lodo e sentenza statale (ma, al massimo, analogia o similitudine di effetti), né, più in generale, il lodo potrebbe produrre efficacia di giudicato, nel senso di cui si è detto nel precedente capitolo. Per quanto i sostenitori della teoria in parola portino a sostegno della loro tesi svariati argomenti di diritto positivo – per loro stessa natura mutevoli nel tempo –, la ragione per così dire ontologica posta a fondamento della qualificazione negoziale dell'arbitrato è da ricercarsi nell'origine volontaristica del potere attribuito agli arbitri. Questi ultimi, infatti, non essendo espressione dell'*imperium* statale, ma ripetendo la propria legittimazione dalla volontà delle parti, non sarebbero titolari di un potere assimilabile a quello assegnato dalla legge ai giudici togati e, pertanto, la loro decisione non potrebbe qualificarsi come atto di natura giurisdizionale⁹.

⁸ Cfr. M. PIKA, *Third-party Effects of Arbitral Awards*, Alphen aan den Rijn, 2019, p. 62.

⁹ Cfr. *ex multis*. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2000, Padova, p. 139 ss. La tesi negoziale è ripresa e considerata con maggior dovizia di dettaglio in G. BONATO,

La tesi in esame sembrava aver trovato conferma – quantomeno in Italia – in una nota pronuncia della Corte di Cassazione, che aveva esplicitamente qualificato il lodo arbitrale come atto di natura negoziale¹⁰. Come noto, tuttavia, la stessa Cassazione è tornata sull'argomento nel 2013, mutando il proprio orientamento – anche alla luce delle modifiche legislative apportate dalla riforma dell'arbitrato del 2006 – e riconoscendo che, se di regola l'esercizio della giurisdizione compete al giudice ordinario, nelle controversie che coinvolgono diritti disponibili e nel rispetto delle garanzie fondamentali del giusto processo, tale potere può essere affidato dalle parti a «giudici privati», riconosciuti come tali dalla legge¹¹.

Ed è proprio sulla scorta delle modifiche legislative intervenute nel 2006 che la dottrina italiana si è mostrata maggiormente incline a riconoscere all'arbitrato natura giurisdizionale. Infatti, sebbene già nel vigore della disciplina precedente non fossero mancate voci autorevoli che qualificavano il lodo come «sentenza pronunciata da giudici non togati»¹², è con l'introduzione dell'art. 804-*bis* c.p.c. – di cui si dirà più diffusamente nel paragrafo successivo – che la dottrina maggioritaria pare essersi assestata su una qualificazione giurisdizionale della decisione arbitrale, riconoscendo, di conseguenza, l'idoneità della stessa a produrre effetti di giudicato¹³.

La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato, Napoli, 2012, p. 39 ss.

¹⁰ Corte di Cassazione, sez. un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. arb.*, 2000, p. 699 ss.

¹¹ Corte di Cassazione, sez. un., ord. 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Dir. giust.*, 2013.

¹² Cfr. *ex multis* G.F. RICCI, *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 351 ss.; A. BRIGUGLIO, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione della pronuncia pregiudiziale costituzionale*, in *Riv. arb.*, 2001, pp. 659 ss., spec. 668. R. VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2001, pp. 2883 ss., spec. 2889.

¹³ Cfr. *ex multis* E. D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 529 ss.; F. LUISO, *L'articolo 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2010, p. 235 ss.; G.F. RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2011, p. 165 ss. *Contra*, argomentando in favore della natura negoziale dell'arbitrato, cfr. C. PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 395 ss., spec. pp. 403-404, e p. 421, nota 37; E. ODORI-

Come si è detto, la problematica in esame è particolarmente intricata ed esula dagli scopi del presente lavoro una ricostruzione organica e dettagliata dei numerosi argomenti portati a sostegno delle diverse qualificazioni della natura dell'arbitrato. Senza la pretesa di inserirsi in un dibattito che da tempo impegna la dottrina processualista più autorevole, pare, tuttavia, utile evidenziare taluni elementi.

Occorre, anzitutto, osservare come la qualificazione della natura giuridica dell'arbitrato e della sentenza arbitrale dipenda in buona parte da cosa si intenda per «funzione giurisdizionale». Come si è detto nel capitolo I, infatti, i caratteri di incontestabilità e vincolatività delle decisioni sono elementi essenziali di ogni sistema di risoluzione delle controversie e la reg giudicata è attributo necessario e irrinunciabile di ogni esercizio dell'attività giurisdizionale¹⁴. Se tale attività è intesa nella sua accezione più classica, quale «potere» e, quindi, prerogativa esclusiva dello Stato di dirimere le controversie, è giocoforza che solo gli organi pubblici che siano promanazione della sovranità statale possano esercitare una funzione propriamente «giurisdizionale» ed emanare, quindi, atti dotati dell'efficacia preclusiva e conclusiva del giudicato. Diversamente, se nell'ambito dei diritti disponibili l'esercizio della funzione giurisdizionale è concepito come un «servizio» reso ai consociati – qualificazione che appare più in linea con l'attuale grado di evoluzione degli ordinamenti presi in esame nel presente studio¹⁵ –, non si vedono particolari ostacoli concettuali a che i «giudici privati» cui le parti abbiano attribuito il compito di risolvere le loro controversie siano ritenuti titolari di una funzione analoga a quella dei «giudici togati» e, pur restando estranei all'apparato pubblico preposto alla tutela giurisdizionale dei diritti, siano tuttavia abilitati a rendere

SIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 253 ss., spec. p. 264 e p. 267 ss.; S. BOCCAGNA, *Art. 824 bis*, in M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale*, Padova, 2017, p. 371 ss.

¹⁴ Cfr. *supra*, capitolo I, paragrafo 1.

¹⁵ Senza volersi dilungare sui diversi elementi che suggeriscono l'opportunità di una simile qualificazione della funzione giurisdizionale – primo tra tutti il diritto di accesso alla giustizia tutelato sia a livello costituzionale che a livello internazionale – si rinvia a un interessante studio sul tema, cfr. A. MILLS, *Rethinking Jurisdiction in International Law*, in *BYIL*, 2014, p. 187 ss.

decisioni a vocazione giurisdizionale e, quindi, idonee a produrre effetti di giudicato.

In secondo luogo, ragioni di coerenza sistematica sembrano suggerire l'opportunità di riconoscere natura giurisdizionale al procedimento arbitrale e, quindi, l'idoneità del lodo a spiegare efficacia di giudicato. Se l'ordinamento ammette che talune controversie possano essere sottratte all'ambito della giurisdizione pubblica, per essere deferite alla cognizione di soggetti che non sono promanazione diretta della sovranità statale, sarebbe poi poco logico non riconoscere la natura giurisdizionale dell'attività svolta dagli arbitri, né, tantomeno, il valore preclusivo e conformativo delle decisioni assunte all'esito del procedimento arbitrale. Ciò, infatti, significherebbe che, per un simile ordinamento, talune controversie non sarebbero propriamente «giustiziabili» e ciò, paradossalmente, proprio per effetto della volontà delle parti di ricercare mezzi più flessibili ed efficienti per la soluzione delle stesse.

Pare dunque preferibile aderire alla tesi che riconosce la natura – o, quantomeno, la vocazione – giurisdizionale dell'attività svolta dagli arbitri e, quindi, l'idoneità del lodo a produrre efficacia di giudicato¹⁶.

È, peraltro, opportuno precisare che tale conclusione non implica di per sé che l'estensione e i limiti del giudicato della decisione arbitrale debbano necessariamente ricalcare gli effetti attribuiti alla sentenza pronunciata dal giudice comune. Le ragioni che suggeriscono l'opportunità di attribuire una *certa* efficacia di giudicato ai lodi arbitrali non impongono anche *quale* tipo di efficacia debba riconoscersi a tali decisioni. La concreta definizione degli effetti preclusivi e conclusivi prodotti dalla decisione arbitrale dipende dalle scelte operate a livello nazionale da ogni singolo ordinamento statale. Ed è proprio con riguardo a tali scelte che può assumere rilievo decisivo la natura volontaristica del procedimento arbitrale: se, per le ragioni che si sono dette, il fatto che gli arbitri ripetano la loro autorità dalla libera scelta delle parti non appare dirimente con riguardo alla qualificazione della natura del procedimento e del lodo, tale circostanza potrebbe, invece, avere delle ripercussioni sull'estensione dell'effi-

¹⁶ Per una chiara e dettagliata esposizione degli argomenti che si oppongono a una simile qualificazione, si veda G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, cit., p. 171 ss.

cacia oggettiva e soggettiva delle decisioni arbitrali. Il potere giurisdizionale degli arbitri è, infatti, limitato alle materie ricomprese nell'accordo compromissorio, il quale, peraltro, vincola di regola le sole parti che lo hanno sottoscritto. Pertanto, come si vedrà meglio nel quarto paragrafo, in linea teorica la decisione arbitrale potrebbe non estendere la propria efficacia al di fuori del ristretto ambito oggettivo e soggettivo del potere attribuito agli arbitri.

3. La disciplina degli effetti del giudicato delle decisioni arbitrali negli ordinamenti nazionali

Sgomberato il campo dalle complesse questioni di natura teorica in merito alla natura giuridica della sentenza arbitrale e riconosciuta l'astratta idoneità della decisione in parola a produrre efficacia conformativa e preclusiva, è ora opportuno esaminare con maggior grado di dettaglio la disciplina di diritto positivo in punto di estensione e limiti del giudicato dei lodi arbitrali domestici, analizzando i medesimi ordinamenti nazionali oggetto di indagine nel precedente capitolo. Sebbene, come si vedrà, tutti gli ordinamenti nazionali considerati adottino un atteggiamento *grosso modo* uniforme nei confronti dei lodi arbitrali, nel senso di una sostanziale equiparazione del lodo alla sentenza – con ciò implicando, di riflesso, le già menzionate difformità nella determinazione dei limiti oggettivi e soggettivi del giudicato nei diversi ordinamenti –, ragioni di coerenza sistematica suggeriscono di mantenere distinto l'esame delle due grandi tradizioni giuridiche del *civil law* e del *common law*.

3.1. Le decisioni arbitrali negli ordinamenti di civil law

Nell'ordinamento italiano, l'art. 824-*bis* c.p.c. prevede che: «salvo quanto disposto dall'art. 825 [con riferimento all'omologazione del lodo e, quindi, ai fini dell'attribuzione dell'efficacia esecutiva], il lodo ha alla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria»

La disposizione in parola, come si è detto, è stata introdotta nel 2006 dal legislatore della riforma e, secondo la dottrina maggioritaria, comporta una sostanziale equiparazione del lodo alla sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria¹⁷. Secondo un limitato numero di autori, peraltro, l'art. 824-*bis* c.p.c. non aggiungerebbe molto alla vincolatività del lodo per le parti, né, tantomeno, implicherebbe il riconoscimento dell'attitudine al giudicato sostanziale delle decisioni arbitrali. Sulla scorta di una distinzione tra «effetti della sentenza» e «cosa giudicata» e in mancanza di un espresso richiamo all'applicazione dell'art. 2909 c.c. – ma di fatto sopprassedendo sull'esplicito richiamo all'efficacia di giudicato delle decisioni arbitrali operato dall'art. 819, comma 2 c.p.c., di cui si dirà meglio nel paragrafo successivo – la stessa dottrina esclude che il lodo arbitrale possa essere equiparato alla sentenza pronunciata dal giudice statale. Per quanto qui interessa, una simile posizione è evidentemente influenzata dalle idee pregresse di cui si è già discusso nel precedente paragrafo circa la natura del lodo. In questa sede, appare più utile attenersi al dato letterale della disposizione e rilevare come l'art. 824-*bis* c.p.c. equipari gli *effetti* della decisione arbitrale a quelli prodotti dalla sentenza resa dall'autorità giudiziaria e come, tra gli effetti più rilevanti riconducibili alla sentenza statale, vi sia, per l'appunto, l'attitudine al giudicato sostanziale.

È bene evidenziare che, diversamente da quanto si vedrà per l'ordinamento tedesco, il lodo non è equiparato alla sentenza «passata in giudicata» (*rechtskräftig gerichtlich Urteil*). Pertanto, secondo la dottrina, la decisione degli arbitri passerà in giudicato formale solo alla scadenza dei termini per proporre domanda di annullamento del lodo o, in caso di impugnazione, all'esito del procedimento di gravame¹⁸.

Venendo poi alla specifica estensione oggettiva e soggettiva degli effetti preclusivi del lodo, si ritiene che questi ultimi siano perlopiù sovrapponibili a quelli della sentenza resa dall'autorità giudiziaria. In particola-

¹⁷ Cfr., *ex multis*, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. III, Torino, 2017, p. 450; L.P. COMOGGIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 126.

¹⁸ Non si ritiene, invece, necessario attendere la scadenza dei termini per proporre un eventuale giudizio di legittimità in Cassazione, cfr. E. D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art 824-bis c.p.c.*, cit., p. 541.

re, anche il lodo è idoneo ad accertare e qualificare con efficacia di giudicato il rapporto giuridico fondamentale da cui scaturisce lo specifico diritto soggettivo azionato in arbitrato¹⁹. Allo stesso modo, la decisione arbitrale può produrre effetti riflessi sui diritti dipendenti dalla situazione soggettiva oggetto del processo²⁰. Quanto alle questioni pregiudiziali, di cui si dirà meglio anche nel terzo paragrafo, l'art. 819 c.p.c. recita: «gli arbitri risolvono senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge».

Nei fatti, tale soluzione non pare discostarsi da quanto è possibile ricavare dall'art. 34 c.p.c., con riguardo all'accertamento delle questioni pregiudiziali (in senso tecnico) nel processo civile ordinario. Come si è detto, infatti, tali questioni potranno essere decise anche dal giudice comune, ma senza autorità di giudicato²¹.

Quanto all'estensione soggettiva degli effetti del lodo, valgono anche in questo caso le medesime regole applicabili alla sentenza. In particolare, il lodo sarà vincolante anche per il successore a titolo particolare del diritto controverso che sia diventato tale prima della pronuncia del lodo. L'art. 816-*quinquies* c.p.c., infatti, richiama espressamente l'art. 111 c.p.c. Di conseguenza, anche il terzo, pur non avendo sottoscritto l'accordo compromissorio, potrà intervenire nel procedimento arbitrale e, laddove decida di non parteciparvi, sarà vincolato dalla decisione.

Anche nell'ordinamento tedesco il lodo arbitrale è equiparato alla sentenza resa dai giudici nazionali quanto alla sua efficacia conformativa e preclusiva, o meglio, come si è già detto, alla sentenza «passata in giudicato». Infatti, a norma della § 1055 ZPO: «der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils».

In questo caso, peraltro, gli effetti di giudicato si producono dal momento in cui sono adempiute le formalità di cui alla § 1054 ZPO, cioè

¹⁹ Cfr. F. LUISO, *L'articolo 824-bis c.p.c.*, cit., p. 242 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art 824-bis c.p.c.*, cit., p. 544.

²⁰ Cfr. F. LUISO, *L'articolo 824-bis c.p.c.*, cit., p. 243 ss. *Contra*, C. PUNZI, «Efficacia di sentenza» del lodo, in *Riv. arb.*, 2005, pp. 833-834.

²¹ Cfr. *supra*, capitolo II, al paragrafo 2.2.1.

una volta che il lodo, sottoscritto dalla maggioranza degli arbitri, sia stato notificato alle parti²². Nondimeno, fintanto che il lodo non sia dichiarato esecutivo, i suoi effetti di giudicato non potranno essere rilevati d'ufficio dal giudice in un eventuale secondo procedimento – come, invece, accade per le sentenze interne –, ma unicamente su istanza di parte. Ciò, si sostiene, in ragione della natura privata dell'arbitrato²³. Tale distinzione è di non poca importanza, atteso che in forza di ciò – e diversamente da quanto avviene per le sentenze rese dall'autorità giudiziaria – le parti potrebbero accordarsi per neutralizzare gli effetti del giudicato arbitrale. Tuttavia, dal momento in cui il lodo è dichiarato esecutivo a norma della § 1060 ZPO, la sua efficacia vincolante potrà essere rilevata anche *ex officio* dal giudice.

Nell'ordinamento francese, per espressa previsione di legge, il lodo arbitrale produce i medesimi effetti della decisione resa dall'autorità giudiziale e può formare oggetto di esecuzione provvisoria. In particolare, a norma dell'art. 1484 c.p.c. francese: «1. La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche. 2. Elle peut être assortie de l'exécution provisoire»²⁴.

Già prima dell'intervento del legislatore nel 1981²⁵, la giurisprudenza aveva riconosciuto alla decisione arbitrale i medesimi effetti di giudicato della sentenza resa dai giudici nazionali, sebbene tale efficacia fosse subordinata all'ordinanza di *exequatur* e dovesse comunque ritenersi sospesa in caso di impugnazione della stessa. Come correttamente evidenziato dalla dottrina²⁶, tale limitazione dipendeva dalla confusione tra le nozioni di

²² Da questo momento decorre l'efficacia dichiarativa e/o costitutiva della decisione arbitrale, cfr. M.L. SERRA, *Efficacia e impugnazione del lodo: alla ricerca di radici comuni nella comparazione con il diritto austriaco e tedesco*, in *Riv. arb.*, 2012, p. 529, spec. p. 543 ss.

²³ Cfr. Relazione del governo alla proposta di legge di riforma dell'arbitrato, Drucksache 13/5274, pp. 56-57, reperibile all'indirizzo web: <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/13/052/1305274.pdf>.

²⁴ In virtù del richiamo operato dall'art. 1506, comma 4, c.p.c. francese tale disposizione si applica anche ai lodi arbitrali internazionali.

²⁵ L'art. 1484 c.p.c. francese è stato introdotto – pur con una differente numerazione – con il decreto 12 maggio 1981, n. 81-500.

²⁶ M. DOUCHY-LOUDOT, *Autorité de la chose jugée au civil sur le civil*, cit., par. 14.

*autorité de chose jugée e force de chose jugée*²⁷. A ogni buon conto, l'intervento del legislatore ha chiarito la portata preclusiva del lodo arbitrale domestico, di modo che oggi esso produce i medesimi effetti di giudicato della sentenza sin dal momento della sua emanazione²⁸.

In forza dell'art. 1485 c.p.c. – e nel rispetto del principio del *dessaisissement* – con la pronuncia del lodo gli arbitri esauriscono il loro potere decisorio e sono vincolati dalla loro stessa pronuncia. L'efficacia esecutiva del lodo è, in ogni caso, subordinata alla concessione dell'*exequatur* ex art. 1487 c.p.c.

3.2. *Le decisioni arbitrali negli ordinamenti di common law*

In Inghilterra è ormai pacifico che il lodo arbitrale sia ammesso a produrre effetti di giudicato analoghi a quelli prodotti dalle sentenze rese dal giudice comune. Nello specifico, la decisione del collegio arbitrale può fondare le eccezioni di *cause of action estoppel* e di *issue estoppel*. Come riconosciuto da Lord Diplock, infatti: «issue estoppel applies to arbitration as it does to litigation. The parties, having chosen the tribunal to determine the disputes between them as to their legal rights and duties, are bound by the determination of that tribunal on any issue which is relevant to the decision of any dispute referred to that tribunal»²⁹.

Si è, anzi, sostenuto come l'affermazione degli effetti di *issue estoppel*

²⁷ Cfr. *supra*, capitolo II, al paragrafo 1.3.

²⁸ Anche il legislatore federale svizzero ha affrontato espressamente la questione degli effetti di giudicato del lodo arbitrale domestico, prevedendo che la decisione arbitrale produce, dal momento della sua comunicazione alle parti, i medesimi effetti di giudicato della sentenza resa dai giudici statali. In particolare, l'art. 387 c.p.c. svizzero prevede che: «Una volta comunicato alle parti, il lodo ha gli stessi effetti di una decisione giudiziaria esecutiva e passata in giudicato». Naturalmente, nell'attribuire forza di *res judicata* alla decisione arbitrale, l'ordinamento svizzero assoggetta quest'ultima alle medesime condizioni di efficacia della sentenza nazionale. Sarà quindi attribuita efficacia di giudicato ai soli lodi che risolvano in via definitiva tutta o parte della controversia. La decisione sarà, poi, vincolante con esclusivo riferimento alla sola parte dispositiva; al contrario, non dovranno ritenersi vincolanti le motivazioni che accompagnano la decisione. Cfr. K. HOBÉR, *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*, cit., p. 143.

²⁹ *Fidelitas Shipping Co Ltd v VIO Exportchleb* [1966] 1 Q.B. 630.

del lodo costituisca un corollario imprescindibile del riconoscimento della decisione da parte dell'ordinamento inglese³⁰. Sebbene in tempi più recenti siano stati avanzati alcuni dubbi circa la possibilità di estendere l'efficacia di *issue estoppel* del lodo arbitrale anche ai terzi in rapporto di *privity* con le parti³¹, è un dato ormai pacifico che nel *common law* inglese le decisioni rese dai tribunali arbitrali possano produrre i medesimi effetti oggettivi delle sentenze statali.

Con tutta evidenza ciò non può comportare un alleggerimento dei requisiti cui normalmente soggiace l'applicazione della *issue estoppel*; in particolare, il giudice dovrà valutare con estrema attenzione se le questioni asseritamente precluse rappresentino un «ingrediente fondamentale» della decisione resa dagli arbitri e se siano state effettivamente oggetto di discussione e di decisione nel corso della procedura arbitrale. Con riferimento alla necessità di condurre un simile esame, potrebbero sorgere delle complicazioni nel caso, invero non infrequente, in cui gli accordi compromissori siano accompagnati da una clausola di riservatezza, volta a impedire la divulgazione dei documenti e, più in generale, degli atti riferibili alla procedura arbitrale. In simili circostanze, la parte che volesse far valere la *issue estoppel* potrebbe vedersi preclusa la possibilità di produrre in giudizio la documentazione utile a fondare l'eccezione in parola; nondimeno, la giurisprudenza inglese ha avuto modo di precisare come l'uso legittimo di un lodo arbitrale in un successivo procedimento tra le medesime parti non possa qualificarsi come violazione del dovere di riservatezza³².

Anche negli Stati Uniti il lodo arbitrale è idoneo a produrre gli stessi effetti normalmente ricondotti alle sentenze rese dall'autorità giudiziaria. La § 13 del *Federal Arbitration Act* prevede espressamente che ai lodi che abbiano ricevuto conferma giudiziale siano accordati i medesimi effetti di giudicato prodotti dalle sentenze nazionali. Ma, in realtà, sembrerebbe che anche i lodi non confermati siano idonei a produrre effetti di giudicato, giacché a norma della § 84 del *Restatement (Second) of Judgments* un

³⁰ *Associated Electric and Gas Insurance Services Ltd (Aegis) v European Reinsurance Co. of Zurich (European Re)* [2002] UKPC 1129.

³¹ *Dadourian Group International Inc v Simms* [2006] EWHC 2973 (Ch), spec. 731.

³² *Associated Electric and Gas Insurance Services Ltd (Aegis) v European Reinsurance Co. of Zurich (European Re)* [2002] UKPC 1129, spec. par. 7.

lodo arbitrale valido e definitivo produce i medesimi effetti di giudicato di una sentenza resa dall'autorità giudiziaria «subject to the same exceptions and qualifications».

4. *Possibili limitazioni all'estensione degli effetti di giudicato del lodo arbitrale dipendenti dalle caratteristiche proprie dell'arbitrato*

Come abbiamo detto in apertura di capitolo, se da un lato sembra possibile riconoscere natura giurisdizionale al lodo, dall'altro la maggior flessibilità del procedimento e il minor rigore formale richiesto nella redazione della decisione, nonché il fondamento volontaristico del potere esercitato dagli arbitri potrebbero incidere sull'opportunità di una trasposizione automatica delle regole elaborate dai legislatori nazionali con riguardo agli effetti di giudicato delle sentenze statali.

Con riguardo alla prima questione, attenta dottrina ha rilevato come, in linea di principio, le leggi statali non prevedano una disciplina specifica in merito al funzionamento della teoria del giudicato all'interno della procedura arbitrale. Generalmente, infatti, le regole elaborate a livello nazionale si occupano di descrivere l'ambito di efficacia delle sentenze rese dai giudici comuni, dimodoché una loro trasposizione automatica nel contesto arbitrale potrebbe risultare poco opportuna, se non per certi aspetti del tutto impraticabile³³. In particolare, si è visto come, tanto nell'ordinamento francese quanto in quello tedesco, sia attribuita efficacia di giudicato unicamente alle statuizioni contenute nel dispositivo della decisione. Un'applicazione di tale regola caricata di eccessivo formalismo potrebbe creare problemi nei casi in cui il lodo dovesse presentare una struttura diversa dalla sentenza statale e, ad esempio, non fosse suddiviso in parte motiva e parte dispositiva. A ben vedere, tuttavia, un simile approccio sa-

³³ P. MAYER, *Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international*, in *Liber Amicorum Claude Reymond*, Paris, 2004, pp. 185-203, spec. p. 186; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Res Judicata*, in P. TERCIER (a cura di), *Post Award Issues, ASA Special Series no. 38*, New York, 2011, p. 131; S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit., p. 184.

rebbe in ogni caso poco corretto. Abbiamo, infatti, visto che le differenze che sussistono tra i diversi ordinamenti nazionali nella definizione dell'ambito di efficacia oggettiva e soggettiva del giudicato riflettono un diverso bilanciamento tra i principi e i valori contrastanti che vengono in rilievo in materia di giudicato. La limitazione degli effetti oggettivi del giudicato alla sola parte «operativa» della decisione è una conseguenza del particolare valore attribuito al principio dispositivo e alla tutela del diritto di difesa. Pur con tutte le comprensibili difficoltà del caso, un'applicazione delle regole sul giudicato non caricata di un eccessivo formalismo dovrebbe comunque consentire l'individuazione della parte operativa del lodo e, cioè, della decisione delle domande proposte dalle parti nell'ambito del procedimento arbitrale³⁴.

Con riguardo, invece, alla seconda questione, il fondamento volontaristico dell'arbitrato potrebbe nei fatti incidere sulla portata oggettiva e soggettiva degli effetti di giudicato del lodo. Il potere giurisdizionale esercitato dall'autorità giudiziaria ha, infatti, vocazione generale e, di regola, può estendersi a tutte le materie e/o ai soggetti coinvolti in una controversia, fatte salve le limitazioni che lo Stato stesso si impone o accetta in via convenzionale nel rapporto con gli altri Stati. L'ambito oggettivo della cognizione degli arbitri è, invece, limitato alle sole materie ricomprese nell'accordo compromissorio. Allo stesso modo, in ragione della natura contrattuale di detto accordo, di regola solo i soggetti che vi abbiano liberamente aderito sono a esso vincolati³⁵. Se si ammette, come appare logico, che l'estensione oggettiva e soggettiva degli effetti di una decisione è connessa o, in buona sostanza, dipende dall'ampiezza del potere giurisdizionale dell'autorità che l'ha emanata, il perimetro degli effetti prodotti dal

³⁴ Come, peraltro, suggerito dalla dottrina francese, cfr. C. SERAGLINI, *Le droit applicable à l'autorité de la chose jugée dans l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 2016, pp. 51-75, spec. p. 65; P. MAYER, *Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international*, cit., p. 96. D'altronde, come si è detto, anche con riferimento alle sentenze pronunciate dal giudice comune sembra prevalere un'interpretazione sostanziale della nozione di dispositivo e si ammette, dunque, la rilevanza delle motivazioni, cfr. *supra*, capitolo II, nota 97.

³⁵ L'estensione dell'efficacia soggettiva delle decisioni arbitrali (perlopiù di natura transnazionale) è stata oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina. Tra gli studi più rilevanti sul tema si vedano, S. BREKOULAKIS, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford, 2009; M. PIKA, *Third-party Effects of Arbitral Awards*, cit.

lodo arbitrale potrebbe non essere del tutto sovrapponibile a quello delle sentenze rese dal giudice comune. Ovviamente, tanto più estesa è la portata preclusiva riconosciuta alle sentenze nazionali – e, cioè, tanto più gli effetti di tali decisioni si estendono anche al di là del nucleo essenziale della situazione soggettiva oggetto del processo e/o a soggetti terzi – tanto maggiore è il rischio che la trasposizione meccanica di tali regole all'arbitrato possa rivelarsi problematica. Di contro, negli ordinamenti ove gli effetti del giudicato sono più circoscritti – come, ad esempio, nell'ordinamento tedesco – l'equiparazione effettuale tra lodo e sentenza del giudice comune solleva meno criticità.

Nell'ordinamento italiano, il legislatore della riforma ha inteso fugare ogni dubbio, quantomeno con riguardo alla portata oggettiva del giudicato in caso di accertamenti che esulino dall'ambito dell'accordo compromissorio. Al secondo comma dell'art. 819 c.p.c. si prevede infatti che «su domanda di parte, le questioni pregiudiziali sono decise con efficacia di giudicato se vertono su materie che possono essere oggetto di convenzione di arbitrato. Se tali questioni non sono comprese nella convenzione di arbitrato, la decisione con efficacia di giudicato è subordinata alla richiesta di tutte le parti».

Giusto il disposto dell'art. 819-*bis* c.p.c., poi, laddove sorga una questione pregiudiziale che debba essere decisa con efficacia di giudicato e questa verta su materia non arbitrabile, il tribunale arbitrale dovrà sospendere il procedimento, in attesa che si pronunci il giudice comune competente. Con tutta evidenza, dunque, l'estensione oggettiva del giudicato arbitrale incontra un doppio confine: essa è limitata non solo dall'oggetto specifico delle domande proposte dalle parti – cosa che, come si è detto, vale anche con riguardo alle decisioni rese dal giudice comune –, ma altresì dal perimetro dell'accordo compromissorio e, di riflesso, dalla natura disponibile dei diritti contesi.

Anche nell'ordinamento tedesco e francese l'equiparazione effettuale tra lodo e sentenza non solleva particolari problematiche. Come si è detto, infatti, in Germania l'efficacia oggettiva del giudicato è limitata alla decisione delle domande proposte dalle parti. Allo stesso modo, pertanto, esattamente come avviene per le sentenze rese dal giudice comune, tanto le motivazioni del lodo quanto la soluzione delle questioni preliminari o comunque connesse all'oggetto del giudizio arbitrale non saranno coperte

da giudicato, ma assumeranno tutt'al più valore di accertamento incidentale³⁶. Soluzione analoga è suggerita dalla dottrina francese³⁷. In Francia, peraltro, la *Cour de Cassation* ha ritenuto applicabili al lodo domestico le medesime regole sul giudicato elaborate con riguardo alle sentenze nazionali in punto di limiti ed estensioni del giudicato³⁸.

Nel *common law* inglese, come si è visto, è pacifico che un precedente lodo arbitrale possa fondare tanto l'eccezione di *cause of action estoppel* quanto l'eccezione di *issue estoppel*. Gli effetti di giudicato della decisione resa dagli arbitri si estenderanno quindi anche alle questioni di fatto o di diritto che rappresentino gli «ingredienti fondamentali» della decisione.

Alcuni dubbi sono stati sollevati con riguardo all'applicazione del principio della c.d. regola *Henderson*³⁹. In particolare, si è suggerito che in arbitrato non dovrebbero valere le medesime ragioni di *policy* che giustificano l'applicazione del principio dell'abuso del processo al contenzioso giudiziale, giacché non si avrebbe alcuno spreco di risorse processuali. In aggiunta, il principio in parola mal si concilierebbe con il potere limitato del tribunale arbitrale. Nondimeno, non paiono esservi ormai dubbi circa l'applicabilità della regola *Henderson* in tutti i casi in cui le argomentazioni in ipotesi precluse rientrino nell'ambito dell'accordo compromissorio e, di conseguenza, avrebbero potute essere decise dagli arbitri⁴⁰. Come già ricordato, peraltro, l'applicabilità della *issue estoppel* e del principio di *abuse of process* ai lodi arbitrali non comporta alcun alleggerimento dei requisiti a cui tali eccezioni sono normalmente assoggettate. L'effettiva applicazione di simili preclusioni sarà sempre soggetta al controllo del

³⁶ M.L. SERRA, *Efficacia e impugnazione del lodo: alla ricerca di radici comuni nella comparazione con il diritto austriaco e tedesco*, cit., p. 548. In questo senso, si vedano anche i riferimenti alla dottrina tedesca citati in M. GRADI, *Natura ed effetti del lodo arbitrale in Germania e Austria*, in C. PUNZI (a cura di), *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. III, Padova, 2012, spec. p. 873.

³⁷ Ancorché con riferimento all'arbitrato commerciale internazionale. Tuttavia, le stesse argomentazioni paiono poter valere anche per i lodi domestici, cfr. P. MAYER, *L'autorité de chose jugée des sentences entre les parties*, cit., p. 97.

³⁸ *Cour de Cassation*, 1^{re} chambre, 28 maggio 2008, n. 07-13.266.

³⁹ Cfr. *supra*, capitolo II, al paragrafo 3.3.

⁴⁰ M. PIKA, *Third-party Effects of Arbitral Awards*, cit., p. 66.

giudice davanti al quale il lodo è invocato; questi, infatti, dovrà assicurarsi che tali questioni siano state effettivamente oggetto di discussione e decisione nel procedimento arbitrale, ovvero che la mancata proposizione di talune domande nel primo procedimento sia frutto di un atteggiamento scorretto e abusivo.

Infine, negli Stati Uniti, in aggiunta alle limitazioni previste per gli effetti di *claim preclusion* e di *issue preclusion* delle sentenze nazionali di cui si è già detto⁴¹ – e che di regola operano anche con riferimento ai lodi – sembra possibile individuare talune eccezioni alla normale applicazione della disciplina del giudicato alle decisioni arbitrali. In particolare, la decisione che verte su materia non arbitrabile non sarà idonea a produrre effetti vincolanti.

Con riferimento, poi, alla *issue preclusion*, l'accertamento di questioni che esulano dalla competenza del tribunale arbitrale – ancorché necessarie per la formazione di un giudizio sulla materia oggetto di controversia – non produrrà effetti preclusivi nei successivi procedimenti, così come, allo stesso modo, nel caso in cui il lodo non sia accompagnato dalle motivazioni, ovvero le stesse non permettano di cogliere quanto sia stato effettivamente trattato e deciso nel corso della procedura⁴².

5. *Alcune considerazioni conclusive in merito agli effetti di giudicato dei lodi arbitrali domestici*

Sembra, dunque, potersi affermare che, in linea generale, le decisioni rese dai tribunali arbitrali sono idonee a produrre effetti di giudicato e che, in linea di massima, tali effetti debbano essere equiparati a quelli riconosciuti alle sentenze nazionali.

Una simile conclusione, per quanto in apparenza banale, non è certo scontata; se, come si è detto nel primo paragrafo, l'attribuzione di un «qualche» effetto preclusivo al lodo arbitrale appare naturale conseguenza della

⁴¹ Cfr. *supra*, capitolo II, ai paragrafi 3.1 e 3.2.

⁴² K. HOBÉR, *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*, cit., pp. 158-159.

facoltà accordata alle parti di deferire la soluzione della controversia a giudici privati, il riconoscimento di effetti di giudicato perlopiù analoghi a quelli prodotti dalla decisione resa dall'autorità giudiziaria implica un'equiparazione *de facto* tra la funzione giurisdizionale svolta dai giudici nazionali e quella attribuita agli arbitri, sintomo di un atteggiamento di favore nei confronti del mezzo di risoluzione delle controversie in esame.

Come visto, tuttavia, ammettere che le decisioni arbitrali siano idonee a produrre effetti equiparabili a quelli prodotti dalle sentenze nazionali non può tradursi in una meccanica (quanto semplicistica) trasposizione delle regole processuali che disciplinano il giudicato delle sentenze pronunciate dal giudice comune. Nello specifico, si rende necessaria una particolare cautela con riguardo alle preclusioni che, per loro natura, eccedono l'ambito di quanto è stato (o avrebbe potuto essere) oggetto di cognizione da parte del tribunale arbitrale, vuoi per le limitazioni che derivano dall'accordo compromissorio, vuoi per le scelte processuali delle parti.

CAPITOLO IV

GLI EFFETTI DI GIUDICATO DELLE SENTENZE STRANIERE

SOMMARIO: 1. Il riconoscimento dell'atto giurisdizionale straniero come presupposto per la produzione degli effetti di giudicato. – 1.1. Metodi e procedimenti per il riconoscimento della sentenza straniera. – 1.1.1. Tecniche di recepimento della sentenza straniera: tra richiamo «internazionalprivatistico» e riconoscimento «processuale». – 1.1.2. Modalità e procedimenti per il riconoscimento «processuale» delle sentenze straniere: deliberazione e riconoscimento automatico. – 1.2. Individuazione degli atti giurisdizionali stranieri passibili di riconoscimento ... – 1.3. ... e qualificazione della sentenza straniera riconosciuta. – 1.4. I motivi ostativi al riconoscimento delle sentenze straniere. – 1.5. Considerazioni sintetiche sulla funzione del riconoscimento delle sentenze straniere. – 2. La legge applicabile agli effetti di giudicato delle sentenze riconosciute. – 2.1. Teoria dell'assimilazione degli effetti. – 2.2. Teoria dell'estensione degli effetti. – 2.3. Teoria della doppia confinazione. – 3. Alcune considerazioni conclusive in merito agli effetti di giudicato delle sentenze straniere.

Nei capitoli precedenti abbiamo esaminato l'estensione oggettiva e soggettiva degli effetti di giudicato delle sentenze nazionali e dei lodi arbitrali domestici, cioè degli atti giurisdizionali che possono considerarsi «interni» se ci si pone nella prospettiva di un dato ordinamento giuridico statale. Come si è visto, ogni disciplina nazionale prevede regole sensibilmente difformi in materia di regidicata e, anche all'interno di un medesimo ordinamento giuridico, la concreta individuazione della specifica portata preclusiva delle decisioni giudiziali può rivelarsi alquanto difficoltosa, in ragione del complesso bilanciamento tra i principi e i valori contrastanti che vengono in rilievo in materia di giudicato.

Laddove poi una parte intenda far valere gli effetti di una decisione al

di fuori dei confini dell'ordinamento in cui essa è stata emanata, si aggiunge inevitabilmente un ulteriore elemento di complessità: se nell'ordinamento di origine e nell'ordinamento ricevente vigono norme processuali che individuano in modo non uniforme l'ambito di efficacia oggettiva e soggettiva dei provvedimenti giurisdizionali – circostanza che, alla luce di quanto discusso nei capitoli precedenti, si deve reputare tutt'altro che puramente ipotetica – occorre determinare quali siano le regole applicabili al giudicato straniero.

Come evidenziato dalla più risalente dottrina, la determinazione degli effetti prodotti dalla sentenza straniera solleva due distinte questioni¹. In primo luogo, è necessario considerare le modalità e i presupposti affinché un provvedimento giurisdizionale possa essere ammesso a produrre effetti in un ordinamento giuridico diverso da quello da cui esso origina. In secondo luogo, occorre determinare le regole specifiche applicabili al giudicato straniero e, quindi, individuare la più appropriata tecnica di coordinamento tra la disciplina del giudicato dello Stato di origine e dello Stato ricevente.

1. Il riconoscimento dell'atto giurisdizionale straniero come presupposto per la produzione degli effetti di giudicato

In una prospettiva prettamente statuale, le decisioni rese dall'autorità giurisdizionale di un determinato ordinamento nazionale sono di per sé idonee a spiegare efficacia unicamente all'interno dello Stato da cui provengono; perché esse possano produrre conseguenze giuridiche anche in altri Stati – e, per quanto qui interessa, produrre gli effetti tipici del giudicato anche in altri ordinamenti – è necessario che questi ultimi riconoscano il comando giurisdizionale straniero e ne ammettano l'efficacia anche all'interno del proprio ordinamento. Il riconoscimento delle decisioni giurisdizionali straniere, così come le condizioni a cui è sottoposto tale recepimento, rispondono a una libera scelta di ogni ordinamento nazio-

¹ F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. VIII, Torino, 1898 (traduzione di V. Scialoja), pp. 266-267.

nale che, attribuendo valore giuridico alle determinazioni di giudici stranieri, persegue i fini di una maggior uniformità e armonia delle soluzioni a livello internazionale e pone, al contempo, un limite all'esercizio del proprio potere giurisdizionale².

È bene evidenziare fin da subito come la questione del «riconoscimento» sia di per sé una problematica distinta dall'«esecuzione» del provvedimento estero. Se l'esecuzione implica un'attività «dinamica» da parte dello Stato richiesto, che accetta di ricorrere agli strumenti coercitivi propri del potere statale al fine di realizzare il precetto contenuto nella sentenza straniera, il riconoscimento è un fenomeno «statico», che si traduce nel recepimento «normativo» dell'accertamento contenuto nel giudicato estero e, in quanto tale, costituisce presupposto logico dell'attività esecutiva³. È, dunque, evidente che se non vi può essere esecuzione senza riconoscimento (quantomeno implicito) della decisione estera, non sempre è necessario ricorrere al potere coercitivo dello Stato per realizzare il precetto giurisdizionale contenuto nel provvedimento straniero; per le parti,

² Come efficacemente sostenuto dal Pau, l'efficacia di valori o atti giuridici estranei all'ordinamento non può concepirsi come diretta estrinsecazione della sovranità dello Stato da cui tali atti originano, ma si fonda sempre sulla volontà dello Stato richiesto, che, nell'esercizio della propria sovranità, determina i modi e i limiti entro cui tale riconoscimento può avvenire, cfr. G. PAU, voce *Delibazione* in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1968. Cfr. anche R. MONACO, *Il giudizio di delibazione*, Padova, 1940, p. 9. È, peraltro, pacifico che non esiste una regola di diritto internazionale generale che imponga agli Stati di riconoscere i provvedimenti giurisdizionali stranieri, cfr. A. DUTTA, T. DOMEJ, voce *Recognition and enforcement of judgments (civil law)*, in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO (a cura di), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, 2017, p. 1471, ma vedi già R. AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, p. 126 ss. Ciò, con tutta evidenza, non esclude che i singoli Stati si possano impegnare – direttamente o indirettamente – a riconoscere le decisioni giurisdizionali straniere; in tali ipotesi, la libertà di scelta si manifesta nella decisione di vincolarsi sul piano internazionale. In questo senso, anche la dottrina più risalente, secondo cui, tuttavia – per quanto non sia dato rinvenire alcuna norma di diritto internazionale generale in materia – la necessità di riconoscere il giudicato straniero potrebbe essere derivata direttamente dal concetto stesso di sovranità statale, giacché «la souveraineté d'un État comporte la reconnaissance des sentences rendues par les organes des autres pays», H. SPERL, *La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers*, in *Recueil des Cours*, 36, 1931, p. 395.

³ A. MIELE, *La cosa giudicata straniera*, Padova, 1989, p. 17.

infatti, potrebbe essere sufficiente che la decisione resa all'estero produca gli effetti tipici del giudicato all'interno dell'ordinamento richiesto⁴.

Come vedremo, la distinzione in parola aveva assunto una peculiare rilevanza all'interno dell'ordinamento italiano nel vigore del Codice di procedura civile del 1865. In particolare, sulla scorta della distinzione tra efficacia di giudicato quale emanazione della *iurisdictio* – intesa come potere di decidere della controversia pronunciandosi sui diritti e gli obblighi nascenti da un dato rapporto giuridico – ed efficacia esecutiva come emanazione dell'*imperium* statale – e cioè il potere di imporre coattivamente l'esecuzione della sentenza –, si riteneva comunemente che solo quest'ultima spiegasse un'efficacia circoscritta al territorio dello Stato e necessitasse, pertanto, di un riconoscimento per poter operare anche in altri ordinamenti. Al contrario, l'efficacia di giudicato era considerata per sua natura extraterritoriale e, quindi, idonea a produrre effetti anche al di fuori dell'ordinamento in cui era stata resa la sentenza, senza necessità di qualsivoglia attività volta a ottenere il riconoscimento nell'ordinamento ricevente⁵. Solo con il superamento della concezione universalista propria della scuola italiana di fine Ottocento e l'affermazione della dottrina positivistica inaugurata dall'Anzilotti a inizio Novecento⁶ – di cui diremo più diffusamente nei successivi paragrafi – si iniziò a concepire anche la *iur-*

⁴ Sulla distinzione tra riconoscimento ed esecuzione in una prospettiva comparatistica cfr. C. CONSOLO, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 2002, p. 16.

⁵ Il problema si poneva giacché, nel vigore del Codice del 1865 il riconoscimento della sentenza straniera avveniva attraverso delibazione e, pertanto, ci si interrogava circa la necessità e/o possibilità di ammettere una delibazione incidentale della decisione straniera in pendenza di giudizio. Sul punto, per gli opportuni riferimenti, si rimanda a E. LA LOGGIA, *L'esecuzione delle sentenze straniere*, Torino, 1902, p. 24 ss.; L. CONDORELLI, *La funzione del riconoscimento di sentenze straniere*, Milano, 1967, p. 75 ss.; M. ODDINI, *La delibazione incidentale*, Milano, 1967, p. 10 ss.; A. DAMATO, *L'efficacia degli atti giurisdizionali stranieri in giudizio pendente*, Bari, 2000, p. 11 ss.

⁶ D. ANZILOTTI, *Dei casi in cui è necessario il giudizio di delibazione*, in *Giur. It.*, 1901 (ristampa in *Opere di Dioniso Anzilotti, Studi di diritto processuale internazionale e di filosofia del diritto*, Padova, 1963, p. 183 ss.); ID., *Sentenza straniera; esecuzione forzata; delibazione*, in *Riv. dir. int.*, 1906, p. 227 ss. (ristampa *Sulla inidoneità delle sentenze straniere a produrre effetti in Italia, indipendentemente dal giudizio di delibazione*, in *Opere di Dioniso Anzilotti*, cit., p. 215 ss.).

resdictio quale espressione tipica del potere statuale e, di conseguenza, a ritenere necessario il riconoscimento della sentenza straniera anche ai fini dell'attribuzione dell'efficacia di cosa giudicata.

Il dibattito perse in parte di vitalità con l'entrata in vigore del Codice del 1942, il quale assoggettava espressamente l'efficacia della sentenza straniera al suo riconoscimento per effetto del procedimento di delibazione di cui all'art. 796 c.p.c., prevedendo, al contempo, all'art. 799 c.p.c. la possibilità (e, quindi, la necessità) di ottenere la delibazione incidentale della sentenza straniera al fine di far valere nel giudizio italiano gli effetti prodotti dal giudicato estero.

1.1. *Metodi e procedimenti per il riconoscimento della sentenza straniera*

Se all'interno dello spazio europeo la gran parte delle decisioni rese dai giudici degli Stati membri circolano liberamente in forza delle regole di diritto uniforme contenute nei regolamenti adottati dall'Unione europea nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile⁷, le decisioni provenienti dagli Stati terzi sono generalmente ammesse a produrre effetti all'interno degli ordinamenti nazionali che si sono fin qui considerati secondo regole *grosso modo* analoghe⁸.

⁷ In particolare, si fa riferimento al regolamento del Consiglio n. 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale («regolamento Bruxelles II-bis»), regolamento del Consiglio n. 4/2009, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari («regolamento Alimenti»), al regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 650/2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo («regolamento Successioni»), al regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1215/2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale («regolamento Bruxelles I-bis»), ai regolamenti del Consiglio n. 2016/1103 e n. 2016/1104, che attuano la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e, rispettivamente, di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

⁸ Non esamineremo, invece, nel dettaglio la disciplina di fonte convenzionale. Fatta

Prima di esaminare più nel dettaglio la disciplina di diritto comune e uniforme in materia di riconoscimento degli atti giurisdizionali provenienti da un diverso ordinamento è però opportuno considerare le diverse tecniche e modalità di recepimento delle sentenze straniere, tema ampiamente discusso dalla dottrina, specialmente italiana⁹.

1.1.1. *Tecniche di recepimento della sentenza straniera: tra richiamo «internazionale/privatistico» e riconoscimento «processuale»*

Nella letteratura giuridica italiana si suole distinguere tra due diverse tecniche che permettono il recepimento della decisione straniera: in una prima ipotesi il precetto contenuto nella sentenza estera trova accoglimento in forza delle norme di diritto internazionale privato dello Stato

eccezione per la Convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007 – che, come noto, istituisce un regime parallelo a quello del regolamento Bruxelles I – e per una serie di altri strumenti applicabili a materie specifiche, la convenzione multilaterale di maggior respiro che prevede una disciplina specifica in punto di riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere è la Convenzione dell'Aja del 2 luglio 2019 (anche nota come «*Judgments Convention*»). Tuttavia, per la determinazione della procedura applicabile al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni straniere la *Judgments Convention* rinvia quasi integralmente alla disciplina di diritto comune degli Stati contraenti. Cfr. P. FRANZINA, A. LEANDRO, *La Convenzione dell'Aja del 2 luglio 2019 sul riconoscimento delle sentenze straniere: una prima lettura*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2019, p. 215 ss.; C. KESSEDIAN, *Comment on the Hague Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*, in *NIPR*, 2020, p. 19 ss.

⁹ Cfr., senza pretesa di completezza, P. ZICCARDI, *Considerazioni sul valore delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. int.*, 1954, p. 481 ss.; G. MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, cit.; G. GAJA, *Sentenza straniera non delibata e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1964, p. 409 ss.; M. CAPPELLETTI, *Il valore delle sentenze straniere in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, p. 192 ss.; A. MIGLIAZZA, *Le sentenze straniere nel diritto italiano*, Milano, 1968; G. BROGGINI, *Riconoscimento ed esecuzione delle sentenze civili straniere nello ius commune italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 833 ss.; S. BARIATTI, *Riflessioni sul riconoscimento delle sentenze civili e dei provvedimenti stranieri nel nuovo ius commune italiano*, in AA.VV., *Collisio Legum perfür/pour Gerardo Broggin*, Milano, 1996, p. 29 ss.; N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1997; M.G. CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Milano, 2001; E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007, pp. 4-14; L. FUMAGALLI, *Riconoscimento di sentenze straniere*, in R. BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 414 ss.

ricevente (richiamo «internazionalprivatistico»); nella seconda ipotesi la decisione straniera è riconosciuta per il mezzo di norme di carattere processuale (riconoscimento «processuale»).

Secondo la prima tecnica – elaborata dalla dottrina italiana nel vigore degli artt. 796 ss. c.p.c., che, come vedremo, assoggettavano il riconoscimento delle decisioni straniere a un procedimento di delibazione e nulla dicevano sul valore della sentenza straniera non delibata¹⁰ – la norma di diritto internazionale privato è concepita come strumento che consente il recepimento del complesso dei valori normativi dell'ordinamento straniero richiamato¹¹. In tale prospettiva, si ritiene che debbano assumere valore non soltanto le norme astratte di detto ordinamento, quanto altresì ciò che i giudici di tale Stato ritengano essere la volontà della legge per il caso concreto. Secondo tale ricostruzione, infatti, la decisione giudiziale svolge la funzione di accertare o realizzare – al verificarsi di determinati fatti storici – la concretizzazione del precetto normativo astratto¹². Il richiamo formale operato dalla norma di diritto internazionale privato inteso come rivolto all'ordinamento straniero nel suo complesso impone, quindi, anche il recepimento di quanto accertato dal giudice straniero, senza operare discriminazione alcuna tra i valori di detto ordinamento¹³. In questo senso, il riconoscimento degli effetti prodotti dalla decisione straniera

¹⁰ Cfr., in particolare, P. ZICCARDI, *Considerazioni sul valore delle sentenze straniere*, cit.; G. GAJA, *Sentenza straniera non delibata e diritto internazionale privato*, cit.

¹¹ Cfr. P. PICONE, *Caratteri ed evoluzione del metodo tradizionale dei conflitti di leggi*, in *Riv. dir. int.*, 1998, pp. 2 ss., spec. 36 ss.

¹² Ancorché si sia discusso se la sentenza straniera debba assumere rilievo come uno dei fatti presi in considerazione dalla norma che regola il rapporto (il c.d. fatto-sentenza) o se operi invece quale fonte della norma concreta che regola il rapporto, seppur in conformità con quanto previsto dalla norma astratta, cfr. *infra*, in questo capitolo, al paragrafo 1.2; P. ZICCARDI, *Considerazioni sul valore delle sentenze straniere*, cit., p. 489; G. GAJA, *Sentenza straniera non delibata e diritto internazionale privato*, cit., p. 415; G. GAJA, *Concorso fra procedimenti per la formazione del giudicato sulla base di una decisione straniera*, in *Riv. dir. int.*, 1965, p. 31; G. SPERDUTI, *Riflessi nell'ordinamento italiano di conflitti fra leggi e sentenze di più Stati in materia matrimoniale*, in *Foro it.*, 1959, p. 1368.

¹³ P. ZICCARDI, *Considerazioni sul valore delle sentenze straniere*, cit., p. 489. G. GAJA, *Sentenza straniera non delibata*, cit., pp. 419-420.

opera *sic et simpliciter* per effetto dell'applicazione della norma di conflitto, senza necessità di ricorrere a procedimento alcuno. Nella prospettiva in esame, peraltro, si conferisce rilievo esclusivo alla decisione quale fonte della «norma concreta» che regola il rapporto giuridico in questione, senza che rilevino, invece, gli eventuali vincoli processuali del giudicato prodotti dalla sentenza estera¹⁴; o, meglio, come giustamente evidenziato dalla dottrina, il giudicato – inteso nella sua dimensione tanto processuale che sostanziale – si formerà sì sulla base della decisione straniera proveniente dall'ordinamento la cui legge è richiamata dalla norma di conflitto, ma solo all'esito di un giudizio ordinario nell'ordinamento «ricevente»¹⁵. In altre parole, per quanto la decisione assunta nell'ordinamento richiamato dalla norma di conflitto influisca sulla decisione del giudice, sarà solo la decisione interna a produrre pieni effetti di giudicato, nei termini di cui si è detto nei precedenti capitoli.

Nel secondo caso, invece, la sentenza straniera è riconosciuta per il tramite di una norma di diritto processuale civile internazionale. In tale ipotesi, l'efficacia del provvedimento estero dipende – oltre che da una serie di altri requisiti di cui si dirà più nel dettaglio nelle pagine seguenti¹⁶ – dalla sussistenza di un collegamento tra l'oggetto della controversia e il giudice straniero, tale per cui si possa ritenere giustificato l'esercizio della giurisdizione alla luce dei criteri previsti dalla legge dello Stato in cui è richiesto il riconoscimento della sentenza estera (la c.d. «competenza giurisdizionale indiretta» o «giurisdizione internazionale»)¹⁷. In questo modo è conferito peso tanto al vincolo di natura processuale del giudicato – dimodoché la decisione straniera potrà costituire fattore impediente

¹⁴ G. GAJA, *Sentenza straniera non delibata e diritto internazionale privato*, cit., p. 417. Cfr. anche S. BARIATTI, *Riflessioni sul riconoscimento*, cit., p. 39; E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., p. 9.

¹⁵ G. GAJA, *Concorso fra procedimenti per la formazione del giudicato sulla base di una decisione straniera*, cit., p. 31.

¹⁶ Cfr. *infra* in questo capitolo, al paragrafo 1.1.3.

¹⁷ Un simile controllo è, invece, espressamente escluso dal sistema di diritto internazionale privato uniforme dell'Unione europea, come disciplinato dai regolamenti di cui si è detto *supra* alla nota 7, per le ragioni che saranno più ampiamente trattate nel sottoparagrafo 1.1.3.

di una nuova pronuncia sul merito della controversia –, quanto al vincolo di natura sostanziale che scaturisce dalla sentenza estera, a cui il giudice dovrà necessariamente conformarsi nell'accertamento del modo di essere dei diritti dipendenti oggetto di contesa¹⁸.

Come autorevolmente sostenuto, i due metodi appena considerati non sono da concepirsi come alternativi, ma complementari, giacché si fondano su presupposti differenti. In primo luogo, se nel metodo del richiamo internazionalprivatistico la decisione straniera assume rilievo quale fonte della norma concreta, nel caso del riconoscimento la decisione è considerata quale atto giurisdizionale. In secondo luogo, il richiamo internazionalprivatistico si rivolge all'ordinamento che presenta il legame ritenuto più stretto dalle norme di conflitto dell'ordinamento ove la decisione deve essere recepita; nel caso del riconoscimento, invece, può essere richiesto un certo collegamento tra la decisione e l'ordinamento da cui essa promana, ma tutt'al più tale legame si identifica con il requisito della competenza internazionale, di cui si è fatto cenno poco sopra. In terzo luogo, se il primo metodo consente la produzione dei soli effetti «privatistici» della sentenza straniera, è solo il riconoscimento della decisione come atto giurisdizionale che permette la produzione degli effetti propri del giudicato¹⁹. È, dunque, a tale metodo di recepimento delle decisioni pro-

¹⁸ Ipotesi che, come ovvio, si realizzerà in tutti i casi in cui si debbano considerare gli effetti positivi del giudicato e si discuta, quindi, di diritti soggettivi dipendenti da quelli accertati nella pronuncia straniera.

¹⁹ G. GAJA, *Sentenza straniera non delibata e diritto internazionale privato*, cit., p. 424; E. VITTA, *Cours général de droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 162, 1979, pp. 100-101; S. BARIATTI, *Riflessioni sul riconoscimento*, cit., p. 39. In senso contrario, certa dottrina sostiene che il richiamo internazionalprivatistico degli effetti delle decisioni straniere dovrebbe reputarsi incompatibile con la previsione di una norma di diritto processuale appositamente finalizzata al riconoscimento delle sentenze, cfr. E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., p. 20. A noi pare che una simile tesi sia sostenibile unicamente con riguardo alle ipotesi in cui la norma processuale preveda il riconoscimento automatico delle decisioni straniere. Senza voler qui anticipare le considerazioni che svolgeremo nel prosieguo della trattazione, in caso di riconoscimento automatico la sentenza straniera è ammessa a produrre nell'ordinamento richiesto tutti gli effetti propri del giudicato (di natura sostanziale e processuale) fin dal momento della sua pronuncia (o del suo passaggio in giudicato formale) nell'ordinamento di origine; non pare dunque necessario ricorrere alla tecnica del richiamo internazional-

venienti da un ordinamento straniero che si dovrà far riferimento nel prosieguo della trattazione.

1.1.2. *Modalità e procedimenti per il riconoscimento «processuale» delle sentenze straniere: delibazione e riconoscimento automatico*

Il riconoscimento «processuale» degli atti giurisdizionali stranieri può avvenire secondo due distinte modalità.

(i) Anzitutto, esso può realizzarsi per mezzo di un procedimento giudiziale costitutivo – generalmente detto di «delibazione» – finalizzato alla verifica della sussistenza delle condizioni e dei presupposti previsti dalla norma processuale, all'esito del quale potrà essere eventualmente riconosciuta l'idoneità della sentenza estera a produrre effetti anche all'interno dell'ordinamento richiesto.

Come già accennato, nell'ordinamento italiano prima della riforma del diritto internazionale privato del 1995, l'art. 796 c.p.c. prevedeva che chi volesse far valere nella Repubblica una sentenza straniera doveva promuovere un giudizio di delibazione dinanzi alla competente corte d'appello, al fine di far accertare la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 797 c.p.c. Come autorevolmente sostenuto, la previsione di un procedimento costitutivo per il riconoscimento degli atti giurisdizionali stranieri era sintomo di un atteggiamento statualista «di chiusura», che riposava su una visione positivista della giurisdizione statale²⁰. Tale impostazione rispondeva, quindi, a una precisa scelta di politica legislativa, che recepiva i ri-

privatistico per assicurare la produzione degli effetti «privatistici» della sentenza straniera, giacché essi si producono già come conseguenza del riconoscimento processuale. Né sembra potersi ammettere che una decisione straniera che sia stata dichiarata non riconoscibile in ragione della mancanza di uno dei requisiti previsti dalla norma processuale per il riconoscimento automatico possa, nondimeno, spiegare i suoi effetti privatistici all'interno dell'ordinamento richiesto in ragione del richiamo operato dalla norma di conflitto. Laddove, invece, il riconoscimento dei pieni effetti di giudicato della sentenza straniera sia condizionato a un procedimento di delibazione e, quindi, a una pronuncia costitutiva del giudice dello Stato richiesto, non vediamo una reale incompatibilità tra i due metodi in esame, ma, al contrario, paiono pienamente condivisibili le considerazioni svolte sopra.

²⁰ G. BROGGINI, *Riconoscimento ed esecuzione delle sentenze civili straniere*, cit., p. 837.

sultati cui già era pervenuta la dottrina nel vigore del Codice del 1865²¹ e che, come vedremo, ne avrebbe inevitabilmente influenzato lo sviluppo negli anni successivi all'adozione del Codice del 1942.

Secondo le regole comuni del diritto inglese²², il recepimento dell'atto giurisdizionale straniero avviene sempre per opera del giudice, il quale è chiamato a valutare la sussistenza delle condizioni per il riconoscimento previste dall'«Administration of Justice Act 1920» e dal «Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act 1933» ed elaborate dalla giurisprudenza delle Corti superiori. In particolare, affinché possa essere riconosciuta la sentenza straniera, oltre a soddisfare i medesimi requisiti generalmente previsti perché possa essere accordata efficacia di giudicato alle decisioni interne²³, (i) deve aver deciso definitivamente il merito della controversia, (ii) deve essere stata resa da un tribunale munito di giurisdizione c.d. «internazionale» (che, per l'ordinamento inglese, si sostanzia nella circostanza che al momento della notificazione dell'atto di citazione il convenuto fosse fisicamente presente nel territorio dello Stato in cui ha avuto luogo il procedimento²⁴ o che il giudice straniero che ha reso la decisione possa considerarsi *forum conveniens*²⁵), (iii) non deve essere stata resa in violazione di un accordo compromissorio o di proroga del foro, (iv) non deve essere stata ottenuta con dolo, (v) non deve essere contraria all'ordine pubblico inglese e (vi) non deve contrastare con un precedente giudicato inglese²⁶.

²¹ Cfr. D. ANZILOTTI, *Dei casi in cui è necessario il giudizio di delibazione*, cit.

²² Come noto, dall'1 gennaio 2021 – per effetto del recesso del Regno Unito dall'Unione europea e al termine del periodo di transizione – i regolamenti in materia di cooperazione giudiziaria civile dell'Unione europea e la Convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (di seguito, «Convenzione di Lugano») – dove, come si è detto, il riconoscimento è sempre automatico, cfr. *supra*, nota 7 – non trovano più applicazione nel Regno Unito.

²³ Cfr. *supra*, capitolo II, al paragrafo 1.4.

²⁴ *Ex multis*, cfr. *Joint Stock Co Aeroflot – Russian Airlines v Berezovsky* [2014] EWCA Civ 20.

²⁵ Cfr. P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, cit., pp. 47-48.

²⁶ *Ivi*, pp. 36-37. Cfr. anche *infra* in questo capitolo, al paragrafo 1.1.4.

Laddove il riconoscimento sia finalizzato all'esecuzione forzata, il procedimento in parola avrà luogo in occasione della registrazione della sentenza straniera, così come disciplinata dalla legge inglese, salvo che non si rientri nel campo di applicazione di una convenzione internazionale; laddove, invece, si vogliano semplicemente far valere gli effetti preclusivi della decisione estera, il procedimento in parola potrà avere luogo all'interno dello stesso processo in cui la decisione è fatta valere.

(ii) In alternativa alla delibazione, è possibile far dipendere l'efficacia del provvedimento estero dalla semplice integrazione dei requisiti previsti in via generale e astratta dalla norma processuale, prevedendo solo in via eventuale l'instaurazione di un procedimento dichiarativo (e non costitutivo), per accertare l'avvenuto o il mancato riconoscimento automatico della sentenza straniera²⁷. Secondo tale modalità, le sentenze straniere che rispettano le condizioni poste dalla norma processuale dell'ordinamento ricevente producono automaticamente i loro effetti di giudicato sostanziale e processuale, senza che si renda necessario un ulteriore atto da parte degli organi giurisdizionali dello Stato richiesto.

Come noto, la circolazione delle decisioni nel sistema di cooperazione giudiziaria civile sviluppato in seno all'Unione europea si informa al prin-

²⁷ È questa l'ipotesi prevista dal legislatore italiano all'art. 67 della legge 31 maggio 1995, n. 218 e dal legislatore europeo, agli artt. 36-38 del regolamento Bruxelles I-bis. Cfr. sul punto O. LOPES PEGNA, *I procedimenti relativi all'efficacia delle decisioni straniere in materia civile*, Padova, 2009, p. 124 ss. Con riferimento al riconoscimento dei provvedimenti di volontaria giurisdizione il legislatore italiano ammette anche la tecnica del riconoscimento internazionalprivatistico, così come previsto dall'art. 66 della legge n. 218/1995. Invero, taluni dubbi potrebbero sorgere con riferimento all'art. 65 della legge n. 218/1995, in materia di riconoscimento dei provvedimenti relativi alla capacità delle persone, nonché all'esistenza di rapporti di famiglia e di diritti della personalità. Attenta dottrina ha però rilevato come anche la disposizione in esame debba essere letta come strumento di riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionale e non si possa quindi qualificare come richiamo internazionalprivatistico del provvedimento straniero, giacché condiziona l'efficacia del provvedimento straniero al rispetto dell'ordine pubblico e dei diritti essenziali della difesa, cfr. S. BARIATTI, *Articolo 65*, in F. POCAR, T. TREVES, S.M. CARBONE, A. GIARDINA, R. LUZZATTO, F. MOSCONI, R. CLERICI (a cura di), *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996; E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., pp. 23-29.

cipio del «*mutual trust*» e fa impiego esclusivo della metodologia del riconoscimento automatico. Le decisioni rese dai giudici degli Stati membri nelle diverse materie in cui si applicano i regolamenti sopra menzionati²⁸ spiegano efficacia in tutti gli altri Stati membri senza che si renda necessario il ricorso ad alcun procedimento di riconoscimento²⁹.

Al di fuori dei campi di applicazione dei regolamenti europei, tutti gli ordinamenti di *civil law* fin qui considerati – e cioè l'ordinamento italiano, tedesco e francese – ammettono il riconoscimento automatico delle sentenze straniere. In particolare, se nell'ordinamento italiano e nell'ordinamento tedesco le sentenze straniere sono riconosciute automaticamente, alle condizioni e nei termini previsti rispettivamente dall'art. 64 della legge n. 218/1995 e dalla § 328 ZPO, nell'ordinamento francese le decisioni provenienti da Stati terzi sono generalmente ammesse a produrre efficacia secondo le regole di derivazione giurisprudenziale sviluppate dalla *Cour de Cassation*³⁰.

Negli Stati Uniti la disciplina del riconoscimento delle sentenze straniere è materia di competenza dei singoli Stati e non, invece, del diritto federale. Tuttavia, di regola, i provvedimenti giurisdizionali esteri trovano accoglimento all'interno dei rispettivi ordinamenti statali senza che si renda necessario alcun procedimento di delibazione e salvo che ricorrano circostanze eccezionali che suggeriscano (e, in alcuni casi, impongano) di negare il riconoscimento della sentenza straniera³¹.

²⁸ Cfr. *supra*, nota 7.

²⁹ Si vedano nello specifico l'art. 36 del regolamento Bruxelles I-*bis*, nonché l'art. 21 del regolamento Bruxelles II-*bis*, gli artt. 17 e 23 del regolamento Alimenti, l'art. 39 del regolamento Successioni, nonché l'art. 36 del regolamento n. 2016/1103 e l'art. 36 del regolamento n. 2016/1104.

³⁰ In particolare, il caso in cui la *Cour de Cassation* ha posto le fondamenta dell'attuale sistema di riconoscimento delle sentenze straniere è il caso *Munzer*, deciso nel 1964, *Cour de Cassation*, 7 gennaio 1964, in *Rev. crit. dr. int. priv.* 1964, p. 302 ss. Più di recente, nel 2007, i requisiti e le condizioni per il riconoscimento delle sentenze straniere sono stati rivisti nel caso *Cornelissen*, *Cour de Cassation*, 1^{re} chambre, 20 febbraio 2007, n. 05-14.082, cfr. O. BOSKOVIC, *Recognition and Enforcement of Punitive Damages in France*, in S. BARIATTI, L. FUMAGALLI, Z. CRESPI REGHIZZI (a cura di), *Punitive Damages and Private International Law: State of the Art and Future Developments*, 2019, Padova, p. 155 ss.

³¹ Sebbene, come detto, il riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali stranieri

Se la metodologia del riconoscimento automatico è segno di una maggior apertura dell'ordinamento nei confronti delle decisioni straniere, ciò, tuttavia, non implica un cieco affidamento nell'amministrazione della giustizia da parte degli Stati nei cui confronti non vige alcun rapporto di fiducia reciproca. Quantomeno per ciò che riguarda l'Italia, la riforma del 1995, pur collocandosi nel solco di un approccio manifestamente più liberale, non comporta un pieno ritorno all'impostazione c.d. «internazionalista» (o della «porta aperta») che aveva caratterizzato l'ordinamento sotto la vigenza del Codice del 1865 e che era stato oggetto di profonde critiche da parte della più autorevole dottrina³². Come vedremo, i limiti che impediscono l'ingresso di decisioni incompatibili con i valori giuridici interni sono, infatti, rappresentati dai motivi ostativi al riconoscimento, in ragione della cui maggior o minor ampiezza si misura l'effettivo grado di apertura dell'ordinamento nei confronti delle decisioni straniere.

sia di competenza dei rispettivi legislatori statali, la materia in esame è trattata tanto nel *Restatement (Second) of the Conflict of Laws* quanto nel *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (di seguito «*Restatement (Third) of Foreign Relations*»). In particolare, la § 98 del *Restatement (Second) of the Conflict of Laws* prevede che: «A valid judgment rendered in a foreign nation after a fair trial in a contested proceeding will be recognized in the United States so far as the immediate parties and the underlying cause of action are concerned». La § 481(1) del *Restatement (Third) of Foreign Relations* prevede, invece, che: «Except as provided in § 482, a final judgment of a court of a foreign state granting or denying recovery of a sum of money, establishing or confirming the status of a person, or determining interests in property, is conclusive between the parties, and is entitled to recognition in courts in the United States». A sua volta, la § 482 distingue tra i casi in cui i giudici americani sono tenuti a non riconoscere la sentenza straniera (e in particolare, laddove la sentenza sia stata emanata da un tribunale non imparziale o all'esito di un procedimento che non rispetti i requisiti del giusto processo, ovvero nel caso in cui il giudice che ha emesso la sentenza non fosse munito di giurisdizione in base alla legge dello Stato di provenienza e secondo i criteri di ragionevolezza previsti dal *Restatement* stesso) e i casi in cui gli stessi possono negare il riconoscimento del provvedimento giurisdizionale estero (e quindi, a titolo di esempio, laddove al convenuto non sia stato notificato l'atto di citazione o non gli sia stato consentito di costituirsi in giudizio in tempi ragionevoli, la decisione sia stata ottenuta con dolo, la sentenza sia contraria all'ordine pubblico dello Stato in cui è chiesto il riconoscimento, il provvedimento sia contrario a un precedente giudicato).

³² G. MORELLI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere e il nuovo codice di procedura civile*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. I, Milano, 1942, p. 9 ss.

1.2. Individuazione degli atti giurisdizionali stranieri passibili di riconoscimento ...

Prima di occuparci delle condizioni e dei limiti posti all'ingresso dei comandi giurisdizionali stranieri è, tuttavia, necessario comprendere cosa si intenda per decisione o sentenza straniera e, quindi, definire i requisiti perché un dato atto, assunto da un organo estraneo all'ordinamento, possa formare oggetto di riconoscimento, secondo le modalità di cui abbiamo trattato sopra. In linea teorica, infatti, potrebbe non esservi una piena coincidenza tra le nozioni di «decisione» o «sentenza» adottate, rispettivamente, nell'ordinamento di origine della decisione e nell'ordinamento dello Stato richiesto. Occorre, quindi, indagare il significato dei termini impiegati, sì da comprendere a quali atti stranieri si riferiscano le norme di diritto processuale civile internazionale che regolano il riconoscimento, quantomeno nei sistemi che prevedono una disciplina di diritto positivo sul punto.

Così posta, la questione rientra nel problema classico della qualificazione³³; problema che, anche con riguardo alle sentenze straniere, era risolto dalla scuola positivista italiana – e, in particolare, dall'Anzilotti – con il ricorso esclusivo ai criteri previsti dalla *lex fori*, sul presupposto che, nel dettare la disciplina sul riconoscimento, il legislatore non potesse che riferirsi a quegli atti che presentavano i connotati essenziali della sentenza, così come previsti dalle norme processuali del suo ordinamento. La

³³ Cfr., senza pretesa di completezza, E. RABEL, *Il problema della qualificazione*, in *Riv. it. dir. int. priv. proc.*, 1932, p. 97 ss.; L. MERIGGI, *Saggio critico sulle qualificazioni*, in *Riv. it. dir. int. priv. proc.*, 1932; R. AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, cit., p. 136 ss.; R. MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*, Torino, 1952, p. 37 ss.; W. WENGLER, *Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé*, in *RCDIP*, 1954, p. 662 ss.; E. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, Milano, 1956, p. 175 ss.; F. RIGAUX, *La théorie des qualifications en droit international privé*, Paris, 1956; P. ZICCARDI, *Introduzione critica al diritto internazionale privato*, Milano, 1956, p. 16 ss.; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, p. 285 ss.; S. BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986; R. BARATTA, *Qualificazioni*, in ID. (a cura di), *Diritto internazionale privato*, cit., p. 315 ss.; P. FRANZINA, *La funzione ordinante del tipo nel diritto internazionale privato*, in *Jus*, 2020, p. 369 ss.

stessa dottrina riconosceva come nei fatti tali norme, se considerate in chiave comparata, restituivano un concetto di «sentenza» pressoché identico. Nondimeno, in caso di divergenze tra le nozioni accolte nei diversi ordinamenti, i concetti giuridici essenziali per definire la categoria astratta entro cui collocare l'atto straniero dovevano essere necessariamente quelli accolti dal diritto dello Stato richiesto. Con ciò non si intendeva certo negare ogni rilevanza al diritto dello Stato da cui originava la decisione straniera: al contrario, le norme processuali di detto ordinamento erano ritenute essenziali per determinare le caratteristiche e gli effetti propri dell'atto straniero oggetto di qualificazione, alla luce dei quali valutare la rispondenza di quest'ultimo con la nozione di sentenza accolta nell'ordinamento dello Stato richiesto³⁴.

Se la più parte della dottrina italiana successiva ha sostanzialmente aderito alla soluzione suggerita dall'Anzilotti³⁵, il Condorelli ha, di contro, evidenziato che una ricostruzione della nozione di sentenza estera basata sui soli criteri stabiliti dalle norme processuali della *lex fori*, se spinta sino alle sue estreme conseguenze, potrebbe rivelarsi del tutto inadeguata a individuare le categorie di atti stranieri passibili di riconoscimento. Tali norme processuali sono, infatti, unicamente funzionali a determinare se e all'esito di quale procedimento gli atti assunti dall'organo investito del potere giurisdizionale nell'ordinamento del foro possano qualificarsi come «sentenze» per quell'ordinamento. Per spiegarci con un esempio, dalle norme processuali italiane potrebbe ricavarsi unicamente la nozione di «sentenza italiana», con la conseguenza, chiaramente assurda, che nessun atto giurisdizionale straniero potrebbe qualificarsi come sentenza ai fini del riconoscimento in Italia. Per ovviare a tali inconvenienti – con un evidente richiamo alla teoria elaborata dal Rabel negli anni '30 del secolo scorso con riguardo alla qualificazione delle norme di conflitto nel diritto internazionale privato³⁶ – Condorelli suggerisce l'adozione di un approc-

³⁴ D. ANZILOTTI, *Nota*, in *Riv. dir. int.*, 1910, p. 144.

³⁵ Cfr. per tutti, R. MONACO, *Il giudizio di delibazione*, cit., p. 21; G. MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, cit., p. 306; P. PAONE, *Sulla qualificazione degli atti giurisdizionali stranieri*, in *Riv. dir. int.*, 1959, p. 508; A. MIGLIAZZA, *Le sentenze straniere nel diritto italiano*, cit., p. 167 ss.

³⁶ Cfr. E. RABEL, *Il problema della qualificazione*, cit., pp. 125-126.

cio comparatistico che permetta di individuare una nozione di «sentenza» dal valore universale o, quantomeno, «adottata nel maggior numero possibile di ordinamenti»; nozione per forza di cose più generica e duttile e, per ciò stesso, più adatta allo scopo di permettere il riconoscimento degli atti giurisdizionali stranieri, anche se non integralmente conformi alla nozione di sentenza accolta nell'ordinamento dello Stato richiesto³⁷.

La questione è oggi più articolata, in ragione della pluralità di fonti potenzialmente applicabili al riconoscimento delle decisioni straniere, ma, al contempo, pare sollevare minori problemi interpretativi. Laddove, infatti, si tratti di riconoscere una decisione secondo la disciplina di diritto uniforme dell'Unione europea, ci si dovrà riferire ai rispettivi significati speciali che il termine «decisione» assume nei diversi regolamenti³⁸. Lo stesso discorso vale anche laddove si tratti di applicare una disciplina di fonte convenzionale, giacché anche in questi casi è di regola necessario individuare il significato dei termini utilizzati prescindendo da come essi sono interpretati nei diversi ordinamenti nazionali³⁹. Laddove, poi, il riconoscimento avvenga per il tramite della disciplina di diritto comune, occorre intendersi su cosa significhi qualificare i termini impiegati a partire dalla *lex fori*. Pare, infatti, del tutto condivisibile la notazione secondo cui il legislatore nazionale, nel richiamare determinati concetti giuridici, non possa che riferirsi al significato che tali concetti assumono all'interno del proprio ordinamento. Nondimeno, i termini impiegati debbono essere letti con una certa elasticità, tenendo in debito conto la funzione che il legislatore attribuisce alle norme oggetto di interpretazione.

³⁷ L. CONDORELLI, *La funzione del riconoscimento di sentenze straniere*, cit., p. 168 ss.

³⁸ Il legislatore europeo ha, infatti, sempre fornito una definizione del termine «decisione». Si veda, in particolare, l'art. 2, lett. a) del regolamento Bruxelles I-bis, l'art. 2, n. 4 del regolamento Bruxelles II-bis, l'art. 2, par. 1, n. 1 del regolamento Alimenti, l'art. 3, n. 1, lett. g) del regolamento Successioni, l'art. 3, n. 1, lett. d) del regolamento sui regimi patrimoniali tra coniugi e l'art. 3, n. 1, lett. e) del regolamento sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate. Cfr. sul punto della qualificazione della qualificazione nel diritto internazionale privato dell'Unione europea, S. BARIATTI, *Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 370.

³⁹ Cfr., in generale, S. BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, cit.

Funzione, che, con specifico riguardo alla disciplina in esame, è appunto quella di consentire il riconoscimento delle decisioni straniere.

Peraltro, un'interpretazione delle nozioni di «sentenza» o «decisione» che fosse frutto di una rigorosa quanto inflessibile applicazione di tutte le più specifiche norme processuali che disciplinano l'adozione di tali atti all'interno dell'ordinamento dello Stato richiesto risulterebbe in ogni caso poco sensata, giacché finirebbe per trascurare del tutto il riferimento all'elemento di estraneità dell'atto insito nella terminologia stessa impiegata dal legislatore. Al sostantivo «sentenza» (o «decisione»), infatti, si accompagna normalmente l'aggettivo «straniera», dimodoché ciò che deve formare oggetto di qualificazione non è già solo il primo termine, bensì la locuzione nel suo complesso. E se l'aggettivo «straniera» non può che indicare la provenienza estera della decisione potenzialmente oggetto di riconoscimento, è giocoforza che tale atto debba essere stato adottato da un'autorità giurisdizionale appartenente a un ordinamento diverso da quello del giudice del riconoscimento, all'esito di un procedimento disciplinato da regole differenti da quelle previste nel diritto processuale del foro⁴⁰.

La qualificazione delle nozioni in esame andrà, dunque, operata in chiave teleologica e alla luce dei caratteri generali che tali concetti assumono all'interno dell'ordinamento, senza soffermarsi sulla «descrizione minuta del loro perimetro quale risulta dal diritto (...) del foro»⁴¹. Peraltro, come già a suo tempo evidenziato dall'Anzilotti, l'esame comparato delle diverse discipline processuali nazionali restituisce un concetto di «sentenza» pressoché identico, dimodoché sembra possibile descrivere la nozione di «sentenza straniera» quale atto proveniente da un'autorità che eserciti una funzione giurisdizionale all'interno di un ordinamento straniero, reso all'esito di un procedimento regolato dalla legge di detto ordinamento e idoneo a incidere nel mondo del diritto sostanziale, risolvendo una controversia giuridica tra due o più parti.

⁴⁰ Giacché è principio cardine del diritto processuale civile internazionale quello secondo cui il processo civile è regolato dalla legge processuale dello Stato ove esso si svolge, cfr., per tutti, G. MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, cit., p. 17.

⁴¹ P. FRANZINA, *La funzione ordinante del tipo nel diritto internazionale privato*, cit., p. 378. Cfr. anche F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, 7ª ed., Torino, 2015, p. 215.

1.3. ... e qualificazione della sentenza straniera riconosciuta

Se, per le ragioni che si sono appena dette, l'individuazione della nozione di sentenza straniera utile ai fini dell'individuazione e applicazione delle norme di diritto processuale civile internazionale in materia di riconoscimento non pare sollevare questioni pratiche o teoriche di particolare momento, problematica distinta e di rilievo ben maggiore è, invece, quella della qualificazione della sentenza straniera riconosciuta e, cioè, della sua rilevanza all'interno dell'ordinamento richiesto quale atto o fatto da cui discende, in via autonoma o dipendente, la disciplina particolare del rapporto giuridico oggetto di decisione. In particolare, occorre domandarsi se, per effetto del riconoscimento, la decisione straniera conservi i connotati di atto giurisdizionale straniero, o se, al contrario, il riconoscimento sia funzionale alla «nazionalizzazione» della decisione in questione, sì da farle assumere i connotati della sentenza interna.

La problematica è stata oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina italiana, che, nel vigore del Codice del 1865 prima e del Codice del 1942 poi, era perlopiù concorde nel risolvere la questione nel senso di una nazionalizzazione del giudicato estero quale necessario effetto della sentenza di delibazione.

In particolare, secondo la teoria delle «recezione materiale», sviluppata dall'Anzilotti all'inizio del secolo scorso, la sentenza straniera non può produrre effetti nell'ordinamento dello Stato richiesto se non nei limiti in cui il suo contenuto sia recepito da un atto di giurisdizione di detto ordinamento. L'atto giurisdizionale espressione della sovranità straniera non ha come tale alcun valore per l'ordinamento ricevente; l'unica fonte di effetti giuridici è la sentenza di delibazione, il cui contenuto è semplicemente desunto dal contenuto della decisione straniera⁴². La sentenza di delibazione assume, quindi, natura di accertamento costitutivo, rispetto al quale la decisione straniera rappresenta una mera premessa logica, priva di qualsivoglia valenza giuridica autonoma.

Tale ricostruzione riposa sul postulato di separazione, esclusività e

⁴² D. ANZILOTTI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio in ordine alla seconda Convenzione dell'Aia 12 giugno 1902*, Bologna, 1908, p. 104 (ristampa in *Opere di Dioniso Anzilotti*, cit., p. 263 ss.).

completezza degli ordinamenti giuridici statuali, quale necessario corollario del principio di sovranità, così come predicato dalla dottrina positivista italiana. Con tutta evidenza, peraltro, il presupposto logico di una simile ricostruzione è che il riconoscimento della decisione straniera debba necessariamente avvenire all'esito di un procedimento di delibazione, mentre risulta del tutto incompatibile con il modello del riconoscimento automatico. In tale seconda ipotesi, infatti, non essendo prevista l'instaurazione di alcun procedimento – se non in via eventuale e con effetti meramente dichiarativi –, non può formarsi un giudicato interno che «ricepisca» il contenuto della sentenza straniera⁴³.

Nei decenni successivi, pur muovendo dal medesimo principio di rigida separazione fra ordinamenti statuali tipico della scuola positivista, la dottrina italiana si discosta dalla teoria della ricezione materiale, sostituendola con la teoria della «condizione legale». Secondo tale concezione, la sentenza straniera rileva quale fatto giuridico, la cui efficacia è subordinata all'avverarsi della condizione prevista dalla legge, cioè alla pronuncia della sentenza di delibazione. Il provvedimento giurisdizionale straniero, pertanto, non è più considerato come mero presupposto logico per la formazione del giudicato interno, o, detto altrimenti, come un «non-valore» giuridico, ma come un «fatto di produzione giuridica», i cui effetti esecutivi o di giudicato restano sospesi a un atto dell'autorità giurisdizionale dello Stato richiesto⁴⁴. Alla tesi secondo cui la sentenza straniera non può produrre, in quanto tale, alcun effetto nell'ordinamento richiesto, si ri-

⁴³ A tale constatazione potrebbe obiettarsi che le teorie c.d. «recezioniste» sono state elaborate anzitutto con riguardo alle norme di conflitto – cfr., per tutti, A. BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano, 1966 – e, dunque, in tesi nulla vieterebbe di attribuire anche alla norma sul riconoscimento automatico una natura recettizia. Tale ragionamento potrebbe forse valere limitatamente agli effetti privatistici della decisione straniera. Se, tuttavia, si intendono far valere gli effetti propri del giudicato, nel senso di cui si è trattato nei capitoli precedenti, la mancanza di omogeneità tra atto normativo (generale e astratto) e atto giurisdizionale (specifico e concreto) ci paiono un ostacolo insormontabile affinché la norma sul riconoscimento automatico possa di per sé sola bastare a recepire il contenuto della decisione straniera, producendo gli effetti del giudicato, senza attribuire al provvedimento straniero valenza giuridica alcuna.

⁴⁴ R. QUADRI, *Sentenza straniera e sentenza deliberata*, in D. DONATI (a cura di), *Archivio di diritto pubblico*, Padova, 1937, p. 338; G. MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, cit., p. 291; R. MONACO, *Il giudizio di delibazione*, cit., p. 109 ss.

sponde evidenziando come il negare una simile possibilità rappresenti «un inspiegabile limite alla sovranità» dello Stato⁴⁵.

Tuttavia, se diversamente dalla teoria della «recezione materiale» il fatto di produzione giuridica è individuato nella sentenza straniera e non più nella pronuncia di delibazione – dimodoché la determinazione del «contenuto» della decisione è operato alla luce di quanto previsto nell'ordinamento straniero di origine⁴⁶ – gli effetti tipici del giudicato non possono che essere quelli previsti dal diritto dello Stato richiesto. Secondo la teoria della condizione legale, infatti, i provvedimenti giurisdizionali oggetto di dichiarazione di efficacia costituiscono unicamente il «fatto giuridico» da cui le norme sul riconoscimento fanno discendere gli effetti di giudicato nello Stato richiesto; effetti che tali norme possono desumere solamente dalla disciplina sul giudicato del loro proprio ordinamento⁴⁷.

Come evidente, anche la teoria della «condizione legale» postula che il riconoscimento delle decisioni straniere avvenga all'esito di un procedimento di delibazione ed è, per contro, incompatibile con la tecnica del riconoscimento automatico⁴⁸. Come detto, infatti, la concezione in esame prevede, quale condizione per l'efficacia del fatto giuridico rappresentato dalla sentenza straniera, l'adozione di un atto giuridico a opera dell'autorità giurisdizionale dell'ordinamento richiesto, quale è, per l'appunto, la

⁴⁵ R. QUADRI, *Sentenza straniera e sentenza delibata*, cit., p. 336. Al contempo, si nota che il provvedimento giurisdizionale straniero nei fatti produce già fin dalla sua pronuncia un effetto diretto nell'ordinamento richiesto e, cioè, quello di «far sorgere nella parte l'azione tendente ... alla dichiarazione di efficacia», cfr. G. MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, cit., p. 292.

⁴⁶ Sulla scorta di una distinzione tra «contenuto» e «sanzione» della decisione, proposta dal Liebman, secondo cui il primo termine indicherebbe «ciò che si comanda», mentre il secondo termine «l'atto d'impero, il comando», cfr. E.T. LIEBMAN, *L'azione per la delibazione delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. proc.*, 1927, p. 287.

⁴⁷ G. MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, cit., pp. 299-300. In questo senso anche G. PAU, voce *Delibazione*, cit., p. 369. In uno scritto più risalente il Morelli chiariva che: «con la sentenza di delibazione si costituiscono in Italia tutti gli effetti giuridici che sarebbero propri di una pronuncia giudiziaria italiana avente lo stesso contenuto della pronuncia straniera di cui si chiede la delibazione», cfr. G. MORELLI, *Nota*, in *Riv. dir. int.*, 1924, pp. 399-400.

⁴⁸ Valgono anche in questo caso le considerazioni svolte *supra* alla nota 43.

sentenza di delibazione. Comune alla teoria della recezione materiale, infatti, è la convinzione, tipicamente positivistica, secondo cui la sanzione di efficacia della sentenza all'interno di un dato ordinamento, in quanto espressione propria del potere sovrano, può essere impressa unicamente dagli organi che in detto ordinamento esercitano una funzione giurisdizionale.

Secondo una diversa concezione, sviluppata dal Liebman negli stessi anni in cui venivano formulate le teorie appena illustrate, la sentenza straniera non rileva quale mero fatto di produzione giuridica, bensì come atto giurisdizionale in senso proprio⁴⁹. Contenuto e sanzione sarebbero da ricercarsi integralmente nell'atto straniero, la cui piena efficacia all'interno dell'ordinamento richiesto sarebbe, tuttavia, subordinata alla pronuncia della sentenza di delibazione e, cioè, all'accertamento dell'integrazione dei requisiti previsti dalla norma di diritto processuale civile internazionale, effettuato volta per volta dal giudice. Laddove, infatti, la legge preveda la delibazione degli atti giurisdizionali stranieri, la sentenza straniera non sarebbe immediatamente efficace, ma «capace» di acquisire efficacia nell'ordinamento richiesto. Una volta riconosciuta, è però essa stessa a contenere l'attuazione diretta della volontà della legge per il caso concreto⁵⁰.

La sentenza di delibazione ha, pertanto, efficacia costitutiva, ma unicamente nel senso di integrare l'efficacia del provvedimento estero nell'ordinamento richiesto. L'effetto costitutivo, di accertamento o di condanna relativo alla situazione soggettiva oggetto di controversia deriverebbe invece dalla sentenza straniera in quanto tale. Elaborando la teoria in esame alla luce del diritto positivo italiano allora vigente e sulla scorta della considerazione secondo cui «l'effetto [della cosa giudicata] non è riconosciuto alla sentenza straniera in modo espresso» dalla legge, Liebman nega categoricamente che la sentenza straniera possa produrre nell'ordinamento richiesto l'efficacia propria degli atti giurisdizionali prima del giudizio di delibazione, come invece suggerito dalla dottrina universalista a cavallo tra l'Ottocento e il Novecento a cui si è fatto cenno sopra⁵¹. Di diverso

⁴⁹ E.T. LIEBMAN, *L'azione per la delibazione delle sentenze straniere*, cit., p. 292.

⁵⁰ *Ivi*, p. 297.

⁵¹ Cfr. *supra* in questo capitolo, al paragrafo 1. Cfr., tra gli altri, E. LA LOGGIA,

avviso il Cappelletti, che, scrivendo a quasi quarant'anni di distanza e in un mutato contesto normativo, qualifica la sentenza di delibazione come «un accertamento mero degli effetti della regiudicata» straniera⁵².

A ogni buon conto, quale che sia la natura del giudizio di delibazione, se lo stesso non è finalizzato ad attribuire al provvedimento giurisdizionale straniero un'efficacia «nuova», bensì a permettere lo spiegarsi della sua propria efficacia «originaria» nell'ordinamento richiesto, esso non comporta la «nazionalizzazione» della decisione straniera⁵³. Per questa ragione, diversamente dalle teorie fin qui esaminate, la dottrina in esame non è logicamente inconciliabile con la tecnica del riconoscimento automatico. Se, infatti, si ammette che l'unico effetto della pronuncia di delibazione sia quello di ammettere la decisione straniera a operare all'interno dell'ordinamento richiesto conservando la natura di atto giurisdizionale in senso proprio, non vi sono ostacoli teorici acché un simile effetto sia previsto in via generale e astratta dal legislatore⁵⁴. Sebbene il Cappelletti metta in discussione il «rigido principio della separazione delle so-

L'esecuzione delle sentenze straniere, cit., p. 213; C. DELFINO, *L'esecutorietà delle sentenze civili straniere in Italia*, Roma, 1913, pp. 125-127.

⁵² M. CAPPELLETTI, *Il valore delle sentenze straniere in Italia*, cit., p. 208. Nell'idea dell'autore, pertanto, l'efficacia costitutiva del giudizio di delibazione sarebbe limitata ai soli effetti esecutivi.

⁵³ A un certo punto del suo ragionamento, il Liebman afferma che lo scopo del procedimento di delibazione sarebbe quello di parificare l'efficacia della sentenza straniera a quella prodotta dalle sentenze italiane. A noi pare che una simile affermazione possa esser letta solo nel senso che, una volta riconosciute, le sentenze straniere sono ammesse a produrre gli effetti di giudicato ed esecutivi al pari delle sentenze interne e non, invece, che tali effetti debbano essere necessariamente desunti dal diritto dell'ordinamento richiesto. Se così fosse, infatti, la sentenza di delibazione finirebbe per attribuire all'atto giurisdizionale straniero un'efficacia nuova rispetto a quella prodotta nell'ordinamento di origine. Gli effetti costitutivi, di accertamento o di condanna prodotti dall'atto giurisdizionale straniero dovrebbero, infatti, essere rimodellati, sì da conformarsi a quanto previsto nel diritto dell'ordinamento richiesto. Nei fatti, dunque, la decisione straniera finirebbe per assumere il carattere di fatto di produzione giuridica, in palese contraddizione con la qualificazione del provvedimento straniero quale atto giurisdizionale in senso proprio, più volte ribadita dallo stesso Liebman.

⁵⁴ La stessa dottrina ammette, infatti, che «la legge avrebbe potuto, una volta per sempre, ammettere la sentenza straniera a operare nel Regno», cfr. E.T. LIEBMAN, *L'azione per la delibazione delle sentenze straniere*, cit., p. 292.

vrantà statuali» denunciandone l'ispirazione filosofica-ideologica giudicata non più attuale e sottolineando l'«esigenza di rottura con quel principio»⁵⁵, a noi non pare che la qualificazione della sentenza straniera come atto giurisdizionale in senso proprio sia incompatibile con il suddetto principio. Certamente, una simile qualificazione si discosta dall'interpretazione marcatamente positivista del principio di sovranità; nondimeno, mette conto evidenziare che l'efficacia delle decisioni straniere nell'ordinamento richiesto è in ogni caso soggetta a una libera scelta del legislatore (e nel caso della delibazione, a una valutazione caso per caso del giudice). Negare allo Stato la possibilità di attribuire valore giuridico autonomo ai provvedimenti giurisdizionali provenienti da soggetti estranei all'ordinamento pare, infatti, un'ingiustificata limitazione del principio di sovranità.

1.4. *I motivi ostativi al riconoscimento delle sentenze straniere*

Sebbene la concreta definizione delle condizioni e dei limiti posti alla riconoscibilità della sentenza straniera dipenda dalle scelte assunte a livello di ogni singolo ordinamento⁵⁶, le regole nazionali di diritto comune dei sistemi di *civil law* fin qui considerati mostrano una certa convergenza nel disciplinare i motivi ostativi al riconoscimento; convergenza che si riflette anche nelle regole di diritto uniforme dell'Unione europea.

Come conseguenza del ricorso alla tecnica del riconoscimento automatico, le decisioni straniere si presumono efficaci, salvo che ricorra una delle ipotesi che ne impedisce il recepimento. Nell'accertamento di tali condizioni, peraltro, di norma si esclude la possibilità di una rivalutazione o riconsiderazione generale del merito della decisione e, a maggior ragione, non è ammesso un controllo sulla legge applicata dal giudice straniero⁵⁷.

⁵⁵ Cfr. M. CAPPELLETTI, *Il valore delle sentenze straniere in Italia*, cit., p. 218.

⁵⁶ Laddove, ovviamente, il fenomeno in esame non rientri nel campo di applicazione dei regolamenti europei di cui si è detto *supra* alla nota 7 o non sia oggetto di accordi internazionali.

⁵⁷ Cfr. *ex multis* O. LOPES PEGNA, *I procedimenti relativi all'efficacia delle decisioni straniere in materia civile*, cit., p. 223 ss.; S. BARIATTI, *Articolo 64*, in F. POCAR, T. TREVES, S.M. CARBONE, A. GIARDINA, R. LUZZATTO, F. MOSCONI, R. CLERICI (a cura di), *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 324. Per

L'ambito della cognizione (meramente eventuale) del giudice del riconoscimento è quindi limitato ai requisiti che la sentenza straniera deve presentare per poter essere riconosciuta automaticamente; requisiti la cui natura e ampiezza, come detto, può variare da un ordinamento all'altro, ma che generalmente si ripresentano – pur con leggere variazioni – tanto nel diritto comune degli ordinamenti di *civil law* esaminati, quanto nel diritto uniforme dell'Unione europea. Per gli scopi del nostro studio, assumo particolare rilievo tre categorie di condizioni ostative al riconoscimento delle decisioni straniere, su cui pare quindi utile soffermarsi brevemente.

(i) In primo luogo, come si è già avuto modo di osservare, il riconoscimento potrebbe essere escluso in ragione dell'insussistenza di un collegamento tra l'oggetto della controversia e il giudice straniero, che sia ritenuto tale da giustificare l'esercizio della giurisdizione da parte di quest'ultimo. Nel diritto comune degli ordinamenti considerati, l'apprezzamento del legame in parola è operato alla luce dei principi previsti dalla legge dell'ordinamento richiesto⁵⁸. Di conseguenza, l'esito della valutazione di adeguatezza o coerenza della giurisdizione internazionale esercitata dal giudice straniero dipende in ultima analisi da parametri stabiliti in via unilaterale dall'ordinamento ricevente, secondo il c.d. «effetto specchio».

Diversa è la situazione nel diritto uniforme dell'Unione europea, ove di regola la competenza del giudice (dello Stato membro) che ha reso la decisione non assume rilievo ai fini del riconoscimento, salvo che in al-

il sistema di diritto uniforme europeo, cfr. C. TUO, *La rivalutazione della sentenza straniera nel regolamento Bruxelles I: tra divieti e reciproca fiducia*, Padova, 2012.

⁵⁸ Nel Codice di procedura civile italiano del 1865 – che, come si è detto, era improntato a un modello di ispirazione universalista e disciplinava unicamente il riconoscimento degli effetti esecutivi della decisione straniera – l'art. 941 richiedeva la verifica che la sentenza fosse stata «pronunziata da un'autorità giudiziaria competente», senza peraltro specificare secondo quale parametro dovesse essere valutata tale competenza. Si riteneva, quindi, sufficiente che il giudice straniero fosse competente secondo i criteri previsti dal suo proprio ordinamento, riponendo con ciò una fiducia (perlopiù ingiustificata) nell'amministrazione della giustizia di tutti gli ordinamenti stranieri, senza alcuna distinzione e, soprattutto, in assenza di qualsivoglia reciprocità, cfr. G. MORELLI, *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 1963, p. 207.

cune limitate ipotesi, tassativamente elencate dal legislatore europeo⁵⁹. La scelta di allentare, se non escludere del tutto, il controllo relativo alla sussistenza della giurisdizione internazionale del giudice che ha reso la decisione si giustifica per due ordini di ragioni. Da un lato, le norme che disciplinano il riconoscimento automatico delle decisioni rese dai giudici degli Stati membri sono contenute negli stessi regolamenti che stabiliscono regole uniformi in materia di riparto di giurisdizione all'interno dell'Unione; ciò riduce sensibilmente il rischio che il giudice straniero possa pronunciarsi su una controversia che non presenti un legame con l'ordinamento che sia reputato idoneo a giustificare l'esercizio della giurisdizione, secondo i canoni dello Stato richiesto (ancorché non lo escluda del tutto, giacché, come noto, anche le decisioni rese sulla base di fori esorbitanti circolano in base ai regolamenti europei). Dall'altro lato, il sistema di diritto uniforme si fonda sul principio della reciproca fiducia che, per quanto qui interessa, si traduce non soltanto nella presunzione *iuris et de iure* che i giudici degli Stati membri abbiano applicato correttamente le regole uniformi sul riparto di giurisdizione dettate dai regolamenti in questione, quanto altresì nella preclusione di qualsivoglia sindacato in merito alla sussistenza di un legame tra la controversia e il giudice straniero anche per il caso in cui quest'ultimo abbia (manifestamente) fondato la propria giurisdizione su titoli di giurisdizione esorbitanti.

(ii) In secondo luogo, il riconoscimento della decisione straniera potrebbe essere escluso nel caso in cui questa produca effetti contrari all'ordine pubblico dell'ordinamento richiesto. Se, come si è detto, il riconoscimento delle decisioni straniere rappresenta un'apertura dell'ordinamento rispetto a valori giuridici estranei allo stesso, l'ordine pubblico costituisce il limite massimo di tolleranza nel recepimento di tali valori. Laddove gli effetti della decisione siano ritenuti del tutto inconciliabili con i

⁵⁹ Nello specifico, l'art. 45, par. 1, lett. d) del regolamento Bruxelles I-*bis* limita il controllo sulla giurisdizione straniera alle sole decisioni in materia di contratti di assicurazione, lavoro o dei consumatori, nonché ai casi che rientrino nell'ambito delle competenze esclusive di cui all'art. 24 dello stesso regolamento. Gli altri regolamenti, invece, escludono qualsivoglia controllo sulla competenza giurisdizionale del giudice che ha reso la decisione.

principi fondamentali e irrinunciabili che caratterizzano l'ordinamento interno, il limite in esame interviene al fine di preservare l'equilibrio valoriale del foro, impedendo, quindi, il recepimento della sentenza straniera⁶⁰.

Trattandosi di un'eccezione alla normale operatività delle norme sul riconoscimento, di regola il limite dell'ordine pubblico opera in situazioni straordinarie. In particolare, non rilevano le possibili divergenze tra la disciplina concreta della fattispecie fornita dalla sentenza straniera e quella che, invece, sarebbe risultata all'esito dell'applicazione delle norme (materiali o di conflitto) del foro. Neppure assume rilievo la circostanza che la sentenza straniera sia contraria a norme imperative della legge dello Stato richiesto, giacché tali norme di regola contribuiscono a modellare il c.d. «ordine pubblico interno» e attengono alla disciplina materiale applicabile nel foro⁶¹. È bene evidenziare, dunque, come il limite in parola non miri a cancellare ogni diversità tra i sistemi giuridici – il ché renderebbe di fatto inutili le norme di diritto internazionale privato o processuale – quanto piuttosto a impedire che l'apertura nei confronti di altri ordinamenti – e segnatamente, per quanto qui interessa, dei comandi giuri-

⁶⁰ Come noto, il limite in parola opera anche nell'applicazione delle norme di conflitto funzionali all'identificazione della legge applicabile e pertanto, è stato descritto come «rete di sicurezza» (ma le metafore si sprecano) per le norme di diritto internazionale privato, cfr. K. MURPHY, *The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law*, in *Georgia J. Intl. Comp. Law*, 1981, p. 591 ss.; B. NASCIMBENE, *Riconoscimento di sentenza straniera e ordine pubblico europeo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 659 ss.; L. FUMAGALLI, *L'ordine pubblico nel sistema del diritto internazionale privato comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2004, p. 635 ss.; A. MILLS, *The Dimension of Public Policy in Private International Law*, in *J. Priv. Intl. L.*, 2008, p. 202; G. CONTALDI, *Ordine pubblico*, in R. BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, cit., p. 273 ss.; P. FRANZINA, *The Purpose and Operation of Public Policy as Applied to Punitive Damages*, in S. BARIATTI, L. FUMAGALLI, Z. CRESPI REGHIZZI (a cura di), *Punitive Damages and Private International Law: State of the Art and Future Developments*, cit., p. 42.

⁶¹ Cfr. *ex multis* O. FERACI, *L'ordine pubblico dell'Unione europea*, 2012, Milano, p. 27 ss. Sul punto, nell'ordinamento italiano, è unanime l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, cfr. Corte di Cassazione, sez. un., 16 maggio 2016, n. 9978, in *Resp. civ. prev.*, 2016; Corte di Cassazione, sez. lav., 19 luglio 2007, n. 16017, in *Giust. civ. Mass.*, 2007; Corte di Cassazione, sez. lav., 4 maggio 2007, n. 10215, in *Giust. civ. Mass.*, 2007.

sdizionali da questi provenienti – produca un radicale stravolgimento dei valori fondanti dell'assetto ordinamentale interno⁶².

Dovendo aver riguardo ai principi giuridici fondamentali che informano l'ordinamento e considerata la natura intrinsecamente mutevole degli stessi, è ben possibile che il parametro in esame subisca delle modificazioni nel tempo. Valori giuridici ritenuti assolutamente inconciliabili con l'assetto ordinamentale in un dato periodo storico potrebbero essere considerati accettabili in un momento successivo, sicché l'ordine pubblico si connota come limite mobile e relativo.

Tra i principi irrinunciabili dell'ordinamento generalmente si usa distinguere tra «ordine pubblico sostanziale» e «ordine pubblico processuale», ovvero tra i valori giuridici che interessano i profili sostanziali della decisione e quelli che, invece, interessano il rispetto delle garanzie processuali fondamentali. Se l'ordine pubblico sostanziale può assumere le più svariate connotazioni a seconda dell'oggetto precipuo della controversia e dei principi fondamentali che vengono di volta in volta in considerazione, nel diritto comune degli ordinamenti considerati, così come nel diritto uniforme dell'Unione europea, taluni principi di ordine pubblico processuale assumono autonoma rilevanza⁶³ e si sostanziano nel rispetto del

⁶² Peraltro, l'evoluzione più recente dell'indirizzo giurisprudenziale italiano sembra aver innalzato ulteriormente il c.d. «livello di guardia» del limite dell'ordine pubblico, ancorandolo al rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento, così come espressi dalla Costituzione, cfr. Corte di Cassazione, sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017; Corte di Cassazione, sez. un., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Defure.it*. Per più ampie considerazioni sul punto, cfr. F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, p. 259 ss.

⁶³ Nello specifico, nell'ordinamento italiano l'art. 64, lett. b) e c) della legge n. 218/1995 prevede quali condizioni per la riconoscibilità della sentenza straniera che l'atto introduttivo del giudizio sia stato «portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo», che non siano «stati violati i diritti essenziali della difesa» e che le parti si siano «costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo o la contumacia [sia] stata dichiarata in conformità a tale legge». Nell'ordinamento tedesco, invece, la § 328, n. 2 ZPO prevede la non riconoscibilità della sentenza nel caso in cui la domanda giudiziale non sia stata regolarmente notificata al convenuto contumace, o non gli sia stata notificata in tempo utile per predisporre una difesa. Nel diritto uniforme dell'Unione europea, l'art. 45, par. 1, lett. b) del regolamento Bruxelles I-bis esclude la riconoscibilità della senten-

diritto di azione, nel rispetto del diritto di difesa (che si articola, a sua volta, nel diritto di essere resi edotti in tempo utile della pendenza del giudizio, nel diritto di replica, nel diritto di dedurre prove ed elementi a sostegno dei fatti allegati in giudizio e nel rispetto del principio del contraddittorio) e nella garanzia di indipendenza e imparzialità del giudice⁶⁴. Come ovvio, peraltro, il principio del giusto processo, assurgendo a parametro per misurare il rispetto dell'ordine pubblico processuale, non richiede una piena coincidenza tra i modelli processuali degli Stati coinvolti. Ciò che conta è che, pur a fronte delle tollerabili diversità nel modo di concepire la natura e la funzione del processo civile, sia comunque garantito il rispetto delle già menzionate garanzie procedurali.

Significativa sul punto è la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che ha nel tempo contribuito a definire il contenuto della condizione ostativa in esame, con riferimento ai suoi profili processuali⁶⁵. Altrettanto significativo è già di per sé il fatto che la Corte di giustizia ha affermato la propria competenza a pronunciarsi in merito al significato da attribuire al concetto di ordine pubblico, atteso che il limite in parola, come si è visto, intende salvaguardare i valori fondamentali dei singoli ordinamenti nazionali. In particolare, nel caso *Krombach* la Corte di giustizia ha avuto modo di precisare che, per quanto gli Stati membri siano liberi di determinare conformemente alle loro concezioni nazionali il contenuto del loro ordine pubblico, un'interpretazione ampia o strumentale di tale nozione potrebbe nei fatti ostacolare la libera circolazione

za laddove «la decisione [sia] stata resa in contumacia, qualora la domanda giudiziale o un atto equivalente non siano stati notificati o comunicati al convenuto in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese eccetto qualora, pur avendone avuto la possibilità, questi non abbia impugnato la decisione», cfr. *ex multis* F. SALERNO, *L'ordine pubblico internazionale processuale e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. PIRRONE (a cura di), *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Torino, 2011.

⁶⁴ E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., p. 143 ss.

⁶⁵ Cfr. in particolare, Corte di giustizia dell'Unione europea, *Krombach v Bamberski*, C-7/98 del 28 marzo 2000; Corte di giustizia dell'Unione europea, *Gambazzi v Daimler Chrysler*, C-394/07 del 2 aprile 2009; Corte di giustizia dell'Unione europea, *Trade Agency v Seramico Investments*, C-619/10 del 6 settembre 2012; Corte di giustizia dell'Unione europea, *Rudolf Meroni*, C-559/14 del 25 maggio 2016.

delle decisioni all'interno dell'Unione. Da ciò si ricava che, in un sistema come quello europeo, caratterizzato da una profonda integrazione e finalizzato alla più ampia circolazione delle sentenze, il concetto di ordine pubblico deve essere interpretato restrittivamente e la puntuale determinazione dei suoi limiti può essere oggetto di sindacato da parte della Corte di giustizia⁶⁶.

(iii) In terzo luogo, il riconoscimento della decisione straniera può essere escluso al fine di preservare l'armonia e la coerenza giuridica interna dell'ordinamento dello Stato richiesto. L'attribuzione di efficacia a una decisione straniera potrebbe, infatti, risultare incompatibile con una decisione interna, ovvero con una sentenza resa in uno Stato terzo, laddove quest'ultima sia stata riconosciuta (o sia passibile di riconoscimento) nello Stato richiesto.

Nel primo caso, la condizione ostativa in esame mira a salvaguardare la sovranità processuale dello Stato. Di conseguenza essa può trovare applicazione anche nell'ipotesi in cui la decisione interna sia successiva rispetto alla decisione estera di cui si chiede il riconoscimento: ciò che importa, infatti, è che per effetto del riconoscimento non si venga a creare una situazione di incompatibilità (attuale o potenziale) con la decisione del giudice interno. Come ovvio, la previsione del conflitto potenziale con sentenza interna futura quale motivo di diniego del riconoscimento della sentenza straniera, così come l'individuazione di eventuali ulteriori requisiti a cui condizionare l'operatività del motivo ostativo in parola, dipenderà dalle scelte operate a livello nazionale o europeo dai rispettivi legislatori. Tanto l'ordinamento italiano quanto l'ordinamento tedesco prevedono quale condizione ostativa al riconoscimento della decisione straniera il contrasto della stessa con una sentenza resa dal giudice del foro (conflitto attuale), ovvero la sua incompatibilità con un procedimento previamente instaurato e attualmente pendente di fronte all'autorità giurisdizionale nazionale (conflitto potenziale)⁶⁷. Nel diritto uniforme dell'Unio-

⁶⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Krombach* cit., punti 19-23.

⁶⁷ Nello specifico, nell'ordinamento italiano, l'art. 64, lett. e) della legge n. 218/1995 prevede quale motivo ostativo al riconoscimento della sentenza estera la «contrarietà ad altra sentenza pronunciata dal giudice italiano passata in giudicato». La lett. f) della me-

ne europea, l'art. 45, par. 1, lett. c) del regolamento Bruxelles I-*bis* esclude la riconoscibilità della sentenza «incompatibile con una decisione emessa tra le medesime parti nello Stato membro richiesto». Se da un lato l'operatività della condizione in esame non è assoggettata al requisito di priorità temporale della sentenza interna, dall'altro non rileva il potenziale conflitto con un processo civile previamente instaurato nello Stato membro richiesto. Di conseguenza, la pronuncia emanata in un diverso Stato membro che verta su una causa identica a quella pendente nello Stato membro richiesto preclude il proseguimento del processo.

In caso di conflitto con il giudicato estero, invece, il mancato riconoscimento si giustifica con l'esigenza di coordinare il recepimento delle sentenze straniere, sì da evitare che un'accettazione passiva di comandi giurisdizionali incompatibili provenienti da ordinamenti diversi produca aporie e contraddizioni all'interno dell'ordinamento giuridico dello Stato richiesto. Anche in questo caso, come ovvio, le soluzioni concrete possono variare in ragione delle scelte discrezionali operate dai rispettivi legislatori, ma generalmente si segue un criterio cronologico e, pertanto, si accorda prevalenza alla decisione passata in giudicato per prima. Nell'ordinamento italiano, sebbene l'art. 64 della legge n. 218/1995 non faccia menzione alcuna dell'incompatibilità con il giudicato straniero quale condizione ostativa⁶⁸, l'assenza di contrasti con precedenti sentenze estere costituisce pacificamente requisito implicito per il riconoscimento. La natura automatica dello stesso, infatti, comporta la necessità di «tutelare la situazione prodottasi nell'ordinamento [italiano] in seguito al riconoscimento del giudicato della prima sentenza»⁶⁹. Nell'ordinamento tedesco, invece, la § 328, n. 3, ZPO individua espressamente quale motivo di diniego del riconoscimento il contrasto con una precedente decisione straniera

desima disposizione, invece, indica quale motivo di diniego del riconoscimento la pendenza davanti al giudice italiano di un processo «*per il medesimo oggetto e fra le stesse parti*, che abbia avuto inizio prima del processo straniero», enfasi aggiunta. Nell'ordinamento tedesco, la § 328, n. 3 ZPO individua quale motivo di diniego del riconoscimento il contrasto con una decisione interna precedente, nonché l'incompatibilità con altro procedimento precedentemente pendente di fronte al giudice tedesco.

⁶⁸ Giacché, come si è appena visto, le condizioni *sub* lett. e) e f) dell'articolo in parola si riferiscono unicamente al giudicato italiano e al processo civile pendente in Italia.

⁶⁹ S. BARIATTI, *Articolo 64*, cit., p. 327.

riconoscibile. Nel diritto uniforme europeo, l'art. 45, par. 1, lett. c) del regolamento Bruxelles I-*bis* esclude il riconoscimento della sentenza: «incompatibile con una decisione emessa precedentemente tra le medesime parti in un altro Stato membro o in un paese terzo, in una controversia avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo, sempre che tale decisione soddisfi le condizioni necessarie per essere riconosciuta nello Stato membro richiesto».

Con tutta evidenza, le problematiche connesse al concreto operare della condizione ostativa in esame si intersecano in una certa qual misura con il tema della legge applicabile agli effetti della sentenza straniera riconosciuta, di cui tratteremo nella seconda parte del capitolo. Se e in che modo il riconoscimento della decisione estera possa considerarsi incompatibile con il giudicato interno o straniero (riconosciuto) dipende, infatti, dall'ambito di efficacia che la sentenza in oggetto è chiamata a esplicare una volta ammesa a produrre i suoi effetti nell'ordinamento dello Stato richiesto.

Ciò detto, occorre valutare se la nozione di «conflitto» o «contrasto» con altra pronuncia rilevante ai fini dell'applicazione del requisito in parola coincida con la nozione di «conflitto di giudicati» in senso stretto, nei termini di cui si è detto nel capitolo II. Se, come si vedrà immediatamente più nel dettaglio, ciò è da escludersi con riguardo al c.d. sistema di Bruxelles – non foss'altro per la quasi totale assenza di una disciplina uniforme europea in punto di regiudicata⁷⁰ – più incerta appare la soluzione nel diritto comune degli ordinamenti considerati.

Sebbene la laconicità delle disposizioni esaminate non venga in soccorso all'interprete e, in assenza di diverse indicazioni, le regole comuni in tema di contrasto tra giudicati interni potrebbero apparire come il più sicuro punto di riferimento, una lettura teleologica delle norme che disciplinano il riconoscimento delle sentenze straniere sembra invece suggerire un'interpretazione della nozione di «conflitto» più estesa. Finalità precipua della condizione ostativa in esame non è, infatti, soltanto la garanzia del rispetto del principio del *ne bis in idem*⁷¹ – giacché essa non perse-

⁷⁰ Una, seppur limitata, disciplina uniforme del giudicato a livello europeo potrebbe rinvenirsi nel titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, di cui al regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004.

⁷¹ E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., p. 241.

gue in prima battuta gli scopi dell'economia processuale o della certezza delle situazioni giuridiche – ma, piuttosto, la salvaguardia dell'armonia e coerenza dell'ordinamento dello Stato richiesto. Di conseguenza, ai fini dell'esclusione del riconoscimento della sentenza straniera pare opportuno dare rilievo anche alla mera contrarietà tra le due pronunce – da intendersi come incompatibilità pratica tra gli effetti prodotti dalle stesse e non come mera difformità nella parte motiva –, pur in assenza di identità di oggetto e titolo⁷².

Per quanto riguarda il diritto uniforme europeo, invece, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha avuto modo di chiarire la portata della nozione di «incompatibilità» rilevante ai fini dell'applicazione della disposizione in esame, specificando che detto termine deve essere interpretato estensivamente, sì da ricomprendervi tutte le decisioni le cui conseguenze giuridiche si escludano reciprocamente, generando una contraddizione incompatibile con la coerenza interna dell'ordinamento giuridico dello Stato membro richiesto⁷³. Secondo attenta dottrina, peraltro, anche la condizioni di identità soggettiva e oggettiva dovrebbero essere interpretate estensivamente, sulla falsariga delle nozioni rilevanti ai fini dell'applicazione dei meccanismi di litispendenza e connessione, tesi a evitare la pendenza di procedimenti paralleli⁷⁴. D'altronde, nell'architettura del c.d. «sistema Bruxelles» la condizione ostativa in esame è concepita come ultimo (e pressoché unico) argine alla circolazione delle decisioni che siano in qualche modo «sfuggite» al controllo degli strumenti di coordinamento dell'esercizio della giurisdizione degli Stati membri, vuoi per un'erata applicazione delle norme sulla litispendenza, vuoi per un mancato esercizio della facoltà di sospensione o declinatoria di competenza per con-

⁷² S. BARIATTI, *Articolo 64*, cit. p. 326, che richiama l'orientamento già sostenuto da parte della dottrina nel vigore dell'art. 797 c.p.c. In parte di diverso avviso, M. MARESCA, *Articoli 64-66*, in S. BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218, Nuove leggi civ. comm.*, vol. 5-6, 1996, p. 1481.

⁷³ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Hoffmann v Krieg*, C-145/86 del 4 febbraio 1988, punti 22 e 24; Corte di giustizia dell'Unione europea, *Italian Leather S.p.A. v Weco Polstermöbel GmbH*, C-80/00 del 6 giugno 2002, punti 40 e 44.

⁷⁴ S.M. CARBONE, C. TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale – Il regolamento UE n. 1215/2012*, Torino, 2016, p. 384.

nessione di causa. È, quindi, naturale che l'interpretazione delle rispettive condizioni di identità soggettiva e oggettiva coincidano ⁷⁵.

1.5. *Considerazioni sintetiche sulla funzione del riconoscimento delle sentenze straniere*

Dalle considerazioni fin qui svolte sembra utile trarre alcune conclusioni in merito alla funzione che il riconoscimento delle sentenze straniere è chiamato a svolgere all'interno degli ordinamenti nazionali.

Anzitutto, seppur facendo applicazione di tecniche e metodologie non sempre coincidenti – che a loro volta rispecchiano i differenti approcci e le diverse «sensibilità» delle famiglie giuridiche considerate –, tanto negli ordinamenti di *civil law* quanto negli ordinamenti di *common law* il riconoscimento degli atti giurisdizionali esteri appare come necessario corollario del principio di coesistenza dei diversi ordinamenti giuridici. In altre parole, gli ordinamenti nazionali, pur presentando un insieme completo e coerente di norme, non si concepiscono come esclusivi, ma al contrario attribuiscono rilevanza alla vita giuridica che si realizza negli altri ordinamenti. Ciò vale certamente per gli ordinamenti di *common law*, dove la disciplina del riconoscimento degli atti giurisdizionali stranieri è generalmente considerata una derivazione del principio di *comity* ⁷⁶. Anche negli ordinamenti di *civil law*, tuttavia, la collaborazione interstatale che si realizza nel riconoscimento delle decisioni rese da giudici stranieri non rappresenta unicamente l'altra faccia della medaglia dei limiti che generalmen-

⁷⁵ Per una trattazione approfondita sui presupposti della litispendenza e della connessione internazionale, cfr. F. MARONGIU BONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale*, cit., p. 220 ss.

⁷⁶ Già nel XIX secolo la Corte Suprema degli Stati Uniti aveva avuto modo di fornire una definizione del principio in parola, secondo cui: «Comity in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens, or of other persons who are under the protection of its laws», *Hilton v Guyot*, U.S. Supreme Court, 159 U.S. 113 (1895).

te ogni ordinamento pone all'esercizio della propria giurisdizione nelle controversie che riguardino rapporti transfrontalieri tra soggetti privati. Certo, ogniqualvolta la giurisdizione dello Stato non sia concepita come universale ed esclusiva è giocoforza che l'ordinamento si «apra» anche al prodotto dell'attività giurisdizionale straniera. In caso contrario, infatti, ogni limitazione posta all'esercizio del potere di cognizione e di decisione dei giudici nazionali si tradurrebbe inevitabilmente in un vuoto di tutela giurisdizionale. Tuttavia, come si è visto, di regola gli ordinamenti nazionali non subordinano il riconoscimento delle sentenze estere all'assenza di giurisdizione dei propri giudici nazionali⁷⁷; di conseguenza, la produzione degli effetti tipici del giudicato non è riservata alle sole decisioni straniere che abbiano risolto controversie escluse dall'ambito della giurisdizione dello Stato richiesto.

Ciò comporta che il coordinamento interstatuale che si attua nel riconoscimento delle decisioni straniere non si limita a quanto strettamente necessario per salvaguardare la completezza e la coerenza interna dell'ordinamento, garantendo la piena tutela giurisdizionale degli individui anche nei casi in cui una data controversia esuli dall'ambito della giurisdizione statale.

Allo stesso modo, appare riduttivo ricondurre la funzione del riconoscimento al semplice rispetto della sovranità giurisdizionale dello Stato da cui promana la decisione. In assenza di una regola di diritto internazionale generale che imponga agli Stati di attribuire efficacia ai provvedimenti stranieri⁷⁸, infatti, tale «rispetto» si risolverebbe in un mero atto di «cortesia» (perlopiù non richiesto, né generalmente dovuto⁷⁹) nei confronti degli ordinamenti giuridici stranieri.

⁷⁷ Sebbene il requisito della c.d. «giurisdizione internazionale», di cui si è detto sopra, assicuri che il collegamento tra la controversia e il giudice straniero sia sufficientemente stretto da giustificare l'esercizio del potere giurisdizionale da parte di quest'ultimo, cfr. sul punto S. BARIATTI, *Riflessioni sul riconoscimento*, cit., p. 39.

⁷⁸ Cfr. *supra*, nota 2.

⁷⁹ Al di fuori di un sistema convenzionale o di diritto uniforme – qual è quello previsto all'interno dell'Unione europea – e in assenza di una condizione di reciprocità nel riconoscimento delle sentenze, pare del tutto infondato sostenere che «l'atto di ossequio che ... lo Stato è tratto a compiere verso gli atti giurisdizionali esteri trova un suo naturale compenso nel trattamento di cui reciprocamente le sentenze dei suoi giudici potran-

Come già a suo tempo sostenuto dal Condorelli, le ragioni che spingono ad accogliere il prodotto dell'attività giurisdizionale di un diverso ordinamento paiono, piuttosto, doversi ricondurre all'esigenza di fornire un trattamento uniforme alle posizioni giuridiche soggettive accertate all'esito di un procedimento giudiziale in un diverso Stato⁸⁰. Riconoscere una decisione straniera significa acconsentire a che la disciplina concreta di un determinato rapporto privato sia fornita da un atto estraneo all'ordinamento in cui esso sarà poi chiamato a produrre i suoi effetti di giudicato. Di conseguenza, attribuire efficacia all'atto giurisdizionale straniero comporta un'implicita rinuncia dell'ordinamento ricevente a provvedere a una regolamentazione sua propria – e cioè secondo il proprio diritto – del rapporto giuridico in questione. Ciò si giustifica in ragione dell'esigenza di assicurare stabilità e continuità alle situazioni giuridiche che fanno capo ai medesimi soggetti nei diversi ordinamenti; esigenza particolarmente sentita laddove ci si muova nell'ambito dei diritti privati e delle controversie di natura civile o commerciale e comune alla disciplina dei conflitti di leggi⁸¹.

2. *La legge applicabile agli effetti di giudicato delle sentenze riconosciute*

Una volta riconosciuta all'interno dell'ordinamento richiesto, la sentenza straniera è idonea a spiegare gli effetti tipici del giudicato. Tuttavia, come abbiamo visto nei precedenti capitoli, i contorni di tali effetti sono tracciati in modo non sempre uniforme nei diversi ordinamenti naziona-

no godere all'estero», cfr. E.T. LIEBMAN, *L'azione per la delibazione delle sentenze straniere*, cit., p. 283.

⁸⁰ L. CONDORELLI, *La funzione del riconoscimento di sentenze straniere*, cit., p. 98 ss. Cfr. in questo senso anche G. PAU, voce *Delibazione*, cit., p. 364, che, pur meno esplicitamente, individua la funzione del riconoscimento nella «continuità della vita sociale nelle relazioni fra distinti ordinamenti».

⁸¹ Sempre secondo il Condorelli, infatti, le norme sul riconoscimento e le norme di conflitto condividono il medesimo fine istituzionale che è, per l'appunto, quello di garantire l'uniformità di trattamento delle relazioni giuridiche intersoggettive, cfr. L. CONDORELLI, *La funzione del riconoscimento di sentenze straniere*, cit., p. 142 ss.

li. Si pone, dunque, il problema di determinare la legge applicabile agli effetti preclusivi e conclusivi del giudicato straniero riconosciuto⁸² e, cioè, di comprendere se alla decisione straniera debba essere attribuita l'efficacia prevista dal suo ordinamento di origine, ovvero quella sancita dall'ordinamento ricevente. Sul punto vengono in rilievo tre possibili soluzioni, necessariamente influenzate dall'approccio adottato con riferimento alla qualificazione del giudicato straniero, di cui abbiamo trattato sopra⁸³.

2.1. *Teoria dell'assimilazione degli effetti*

Una prima possibile soluzione consiste nel ritenere che, per effetto del riconoscimento, l'atto giurisdizionale straniero assuma la medesima efficacia attribuita alla sentenza interna. Tale modello si attaglia, in modo particolare, alle ipotesi in cui il riconoscimento avvenga all'esito di un giudizio di delibazione⁸⁴. Come si è detto, secondo la teoria della «rece-

⁸² Mette conto specificare come la separazione tra momento del riconoscimento e momento dell'individuazione della legge applicabile al giudicato straniero risponda esclusivamente a esigenze espositive, ma non rifletta in realtà una sequenza logica, né tanto meno cronologica tra le due attività. Come si è detto, infatti, le tematiche in esame si intrecciano e si influenzano vicendevolmente, giacché l'individuazione della legge applicabile al giudicato straniero (e quindi degli effetti specifici da questo prodotto) è funzionale all'apprezzamento della possibile incompatibilità con il giudicato interno o con altro giudicato straniero, nonché della possibile violazione dell'ordine pubblico internazionale dello Stato richiesto.

⁸³ Cfr. *supra* in questo capitolo, al paragrafo 1.3.

⁸⁴ Secondo parte della dottrina l'adozione di una particolare tecnica di riconoscimento è di per sé neutra rispetto al problema dell'identificazione della legge applicabile agli effetti di giudicato della sentenza straniera riconosciuta, cfr. E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., p. 54. Di diverso avviso C. CONSOLO, *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 575 ss. e F. SALERNO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 2020, Milano, p. 189, secondo cui l'adozione del modello del riconoscimento automatico implica necessariamente che all'atto giurisdizionale straniero sia attribuita (quantomeno come punto di partenza) l'efficacia di giudicato prevista dall'ordinamento di origine. Per le ragioni che abbiamo già visto, anche noi riteniamo di dover aderire a questa tesi. Se la delibazione si presta a una lettura del giudicato secondo una qualificazione legefiorista, giacché comporta la nazionalizzazione del precetto contenuto nel provvedimento straniero, il riconoscimento automa-

zione materiale» e della «condizione legale» il procedimento in parola ha come effetto la nazionalizzazione della decisione estera. Secondo la prima ricostruzione, il provvedimento giurisdizionale estero altro non è se non il presupposto logico richiamato dalla sentenza di delibazione, la quale recepisce integralmente il contenuto della sentenza straniera. Nella seconda ipotesi, invece, l'atto straniero rileva quale fatto di produzione giuridica e l'unico atto da cui discendono gli effetti propriamente giurisdizionali del giudicato è la sentenza di delibazione. Di conseguenza, in entrambi i casi, gli effetti originari del giudicato della decisione straniera si modificano, espandendosi o restringendosi, sì da conformarsi ai limiti oggettivi e soggettivi del giudicato delle sentenze emanate nell'ordinamento ricevente.

In una simile prospettiva, laddove le regole dell'ordinamento d'origine prevedano limiti al giudicato più angusti di quelli previsti nell'ordinamento in cui la decisione è recepita, al provvedimento giurisdizionale è riconosciuta un'efficacia maggiore di quella inizialmente prevedibile al tempo del processo. Al contrario, qualora l'ordinamento di origine attribuisca al giudicato una portata più ampia di quella prevista nell'ordinamento ricevente, la decisione è soggetta a una limitazione dei suoi effetti.

In sostanza, secondo la teoria dell'assimilazione, l'autorità giurisdizionale che recepisce il provvedimento straniero è chiamata ad applicare unicamente le regole del giudicato del foro, non dovendosi preoccupare degli effetti prodotti dalle sentenze estere nei rispettivi ordinamenti di origine. Se ciò, da un lato, semplifica notevolmente il compito del giudice nello Stato richiesto, dall'altro espone le parti a effetti potenzialmente difformi da quelli prodotti dalla decisione nell'ordinamento di origine⁸⁵.

Al fine di rendere più tangibile il discorso, si pensi al caso in cui dinanzi a un giudice tedesco sia fatta valere una decisione inglese⁸⁶. Come detto nei capitoli precedenti, in Inghilterra la sentenza produce effetti preclusivi anche con riferimento alle questioni di fatto e di diritto che rap-

tico risulta incompatibile con le teorie recezioniste o produttivistiche che si sono illustrate.

⁸⁵ Cfr. *ex multis*, P. FRANZINA, *Introduzione al diritto internazionale privato*, Torino, 2021, p. 266.

⁸⁶ La scelta degli ordinamenti tedesco e inglese risponde a esigenze di comodità espositiva. Per quanto si è visto nel capitolo II, infatti, tali ordinamenti accolgono un approccio marcatamente difforme per quanto riguarda l'estensione degli effetti di giudicato.

presentano il presupposto logico necessario per la decisione assunta dal giudice⁸⁷. In Germania, invece, gli effetti preclusivi del giudicato sono limitati al solo dispositivo della sentenza, con esclusivo riferimento alla decisione delle domande espressamente formulate dalle parti⁸⁸. Se, in ipotesi, il giudice tedesco dovesse seguire la teoria dell'assimilazione, la sentenza inglese riconosciuta in Germania si vedrebbe privata di parte dei suoi effetti, poiché, diversamente da quanto avviene nel suo ordinamento di origine, non potrebbe impedire una nuova trattazione delle questioni già decise nel primo procedimento. Al contrario, nella situazione speculare, laddove la decisione tedesca fosse fatta valere in Inghilterra, la sentenza sarebbe idonea a produrre nell'ordinamento ricevente un'efficacia più ampia di quella prevista nel suo ordinamento di origine, ovvero sia in Germania. Il giudice inglese potrebbe, infatti, ritenere precluse le circostanze di fatto o di diritto dibattute e decise nel procedimento che si è svolto di fronte al giudice tedesco, benché nell'ordinamento tedesco nulla impedirebbe alle parti di porre nuovamente in discussione tali questioni.

Ritenere che le sentenze straniere, per produrre efficacia all'interno dell'ordinamento, debbano necessariamente assumere i medesimi limiti del giudicato di analoghi atti giurisdizionali interni equivale a negare una autonoma valenza giuridica delle stesse. Come già evidenziato, ciò è indice di un'impostazione marcatamente positivistica, a mente della quale il principio della sovranità implicherebbe che nell'ordinamento statuale possono spiegare efficacia unicamente le norme o gli atti nazionali (o, quantomeno, nazionalizzati)⁸⁹.

Tale atteggiamento, come abbiamo visto, era sicuramente prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza italiana prima dell'approvazione della legge n. 218/1995, quando il riconoscimento delle sentenze straniere era disciplinato dagli ormai abrogati artt. 796 ss. c.p.c.

L'ordinamento inglese, invece, è tuttora incline a considerare la sentenza straniera alla stregua del giudicato domestico e quindi ad attribuire ai provvedimenti giurisdizionali esteri i medesimi effetti preclusivi prodotti dalle sentenze interne. In tale ordinamento, peraltro, un simile atteggiamento

⁸⁷ Cfr. *supra*, capitolo II, al paragrafo 2.2.2.

⁸⁸ Cfr. *supra*, capitolo II, al paragrafo 2.2.1.

⁸⁹ E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., p. 61.

mento deriva principalmente dal fatto che le condizioni cui è subordinato il riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero – cioè che si tratti di una decisione definitiva sul merito della controversia, resa da un tribunale competente – ricalcano di fatto i requisiti generalmente previsti perché alle decisioni (anche interne) possa essere riconosciuto valore di *res judicata*⁹⁰. Di conseguenza, secondo le corti inglesi le decisioni straniere riconosciute all'interno dell'ordinamento sono idonee a produrre i medesimi effetti di giudicato della sentenza inglese e, pertanto, possono legittimamente fondare le eccezioni di *cause of action estoppel* e di *issue estoppel*, anche nei casi in cui, nei rispettivi ordinamenti di origine, le stesse non siano chiamate a spiegare un'efficacia preclusiva con riferimento alle questioni di fatto o di diritto accertate dal giudice per la decisione della controversia⁹¹.

Appare, invece, più cauto l'atteggiamento dell'ordinamento statunitense. Come detto, il riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali

⁹⁰ Cfr. S. HARDER, *The Effects of Recognized Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, in *ICQL*, 2013, p. 441 ss.; P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, cit., p. 126. L'autore, peraltro, specifica come la valutazione circa la definitività della decisione dovrà essere condotta alla luce della disciplina prevista dall'ordinamento d'origine. Al contrario, il giudice dovrà valutare alla stregua della legge inglese la sussistenza della competenza giurisdizionale internazionale e il fatto che la sentenza possa considerarsi come decisione sul merito della controversia. In definitiva, quindi, il provvedimento giurisdizionale straniero non assume rilevanza in sé stesso, ma solamente se e in quanto rispetti i canoni previsti dall'ordinamento inglese.

⁹¹ In questo caso, si applicheranno tutte le regole generalmente previste per la *issue estoppel*. Il giudice inglese dovrà pertanto appurare che le questioni di fatto o di diritto, potenzialmente oggetto di preclusione, siano state effettivamente dibattute e decise nel corso del primo processo e che abbiano rappresentato un ingrediente necessario per la decisione della causa. Con tutta evidenza, tale valutazione presenta maggiori complessità rispetto a quella ordinariamente condotta con riferimento alle sentenze inglesi. In primo luogo, laddove tali elementi non emergano con chiarezza dalle motivazioni del provvedimento, ma si renda necessario un attento esame degli atti processuali, il giudice potrebbe non essere nelle condizioni di condurre una simile valutazione (gli atti potrebbero non essere disponibili ovvero potrebbero non essere in lingua inglese). In secondo luogo, laddove l'ordinamento di origine non attribuisca valore di giudicato all'accertamento delle circostanze che esulino dallo specifico oggetto della domanda, non sarà certo semplice valutare se tali questioni si possano considerare sufficientemente dibattute e decise, così come richiesto dalla legge inglese.

stranieri è materia di competenza dei singoli Stati confederati. Tuttavia, i commentatori del *Restatement (Third) of Foreign Relations* hanno evidenziato come, sebbene in linea di principio alla sentenza straniera non dovrebbero attribuirsi effetti più ampi di quelli riconosciuti nei rispettivi ordinamenti di origine, in realtà non esista una regola che impedisce alle corti americane di attribuire al giudicato straniero effetti preclusivi più estesi di quelli previsti dall'ordinamento di origine⁹². In effetti, parte della dottrina ha rilevato come non sia generalmente opportuno riconoscere effetti di *collateral estoppel* alla sentenza straniera, laddove l'ordinamento di origine non preveda la preclusione delle questioni, fatta eccezione per il caso in cui la parte vittoriosa nel primo procedimento sia un cittadino americano convenuto in giudizio di fronte al giudice estero⁹³.

2.2. Teoria dell'estensione degli effetti

A mente di una diversa ricostruzione, il riconoscimento sarebbe diretto a produrre un'estensione territoriale degli effetti della sentenza straniera. Laddove il giudicato estero riconosciuto conservi la natura di atto giurisdizionale straniero, gli effetti conclusivi e preclusivi del giudicato dovrebbero essere disciplinati, quantomeno come punto di partenza, dalla legge dell'ordinamento d'origine⁹⁴.

Nell'esempio di cui al sottoparagrafo precedente, il giudice tedesco – dopo aver riconosciuto la sentenza inglese – sarebbe chiamato ad applicare le regole processuali dell'ordinamento d'origine, allo scopo di deli-

⁹² AMERICAN LAW INSTITUTE, *Comment to § 481 – Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, Restatement (Third) of Foreign Relations*, spec. par. c).

⁹³ R.C. CASAD, *Issue Preclusion and Foreign Country Judgements: Whose Law?*, in *Iowa L. Rev.*, 1984, pp. 53 ss., spec. 76.

⁹⁴ A ciò non osta il principio cardine di diritto processuale civile internazionale secondo cui il processo civile è regolato dalla legge processuale dello Stato ove esso si svolge. Come rilevato da attenta dottrina processualista, infatti, tale principio non comporta che la portata preclusiva della decisione straniera debba essere necessariamente valutata ai sensi della legge processuale del foro, bensì che «le modalità e i tempi di rilievo dell'eccezione di precedente giudicato straniero sono quelli del giudicato interno», cfr. E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., p. 101.

mitare l'ambito di efficacia del giudicato straniero. In particolare, la sentenza inglese recepita dall'ordinamento tedesco potrebbe precludere la trattazione delle questioni dibattute nel corso del processo e che costituiscano il presupposto logico necessario della decisione. Nella situazione opposta, invece, il giudicato tedesco riconosciuto in Inghilterra non sarebbe idoneo a fondare l'eccezione di *issue estoppel*, nemmeno nel caso in cui dalla sentenza risulti che la questione di fatto o di diritto pregiudiziale sia stata oggetto di adeguata trattazione e sia stata risolta con la dovuta ponderazione nel corso del primo processo.

Il grande pregio della teoria in esame consiste nella riduzione del c.d. «effetto sorpresa». La portata oggettiva e soggettiva dell'efficacia della decisione giudiziale, infatti, non subisce modifiche in ragione delle diverse regole in vigore negli ordinamenti riceventi, ma rimane sempre disciplinata dalla legge processuale dello Stato da cui promana la sentenza, a tutto vantaggio delle esigenze di certezza e prevedibilità del diritto: le parti, infatti, non sono esposte a conseguenze imprevedibili al momento del processo, né vedranno frustrate le proprie aspettative con riguardo alle preclusioni prodotte dal giudicato⁹⁵.

Nella prospettiva in esame, l'autorità giurisdizionale dello Stato che recepisce la decisione estera sarà chiamata ad applicare unicamente le regole sul giudicato proprie dell'ordinamento straniero di origine. Una certa dottrina ha rilevato come questo possa determinare notevoli complicazioni. A titolo di esempio: «Una volta ammessa la riconoscibilità della *issue preclusion*, i giudici italiani si troverebbero posti dinanzi alla necessità di compiere scelte e valutazioni che, presupponendo un mutamento piuttosto radicale dell'«abito mentale» con il quale essi sogliono determinare i

⁹⁵ Cfr. E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., p. 64. L'autrice evidenzia, peraltro, come l'adesione alla teoria dell'estensione degli effetti del giudicato garantisca il pieno rispetto del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. La determinazione del contenuto oggettivo della domanda e, quindi, della situazione oggettiva su cui le parti si prefigurano che la pronuncia giudiziale possa produrre effetti dipende con tutta evidenza dalla legge processuale del luogo in cui è istituito il procedimento giudiziale. Un mutamento degli effetti oggettivi del giudicato in ragione della diversa disciplina degli Stati riceventi determinerebbe inevitabilmente un'alterazione del rapporto tra chiesto e pronunciato, non interamente prevedibile dalle parti al momento del processo.

contorni di efficacia della decisione giudiziale, potrebbero in un certo qual modo “spiazzarli”, rendendo loro più difficile stabilire con esattezza la latitudine del vincolo espresso dal giudicato formatosi oltreoceano»⁹⁶.

Senza con ciò voler trascurare le difficoltà che potrebbero presentarsi all'atto pratico dell'applicazione di una disciplina straniera in materia di giudicato, a chi scrive sembra che simili complicazioni non siano maggiori di quelle che normalmente impegnano il giudice ogniqualvolta questi sia chiamato ad applicare una legge straniera secondo i criteri di interpretazione propri dell'ordinamento di origine dell'atto normativo in questione⁹⁷. Ammettere l'estensione degli effetti della sentenza straniera significa, poi, abbandonare una logica prettamente nazionalista, in quanto si concede all'atto straniero riconosciuto di spiegare efficacia all'interno dello Stato ricevente secondo i canoni del suo proprio ordinamento d'origine e, cioè, secondo l'efficacia originariamente attribuita a tale atto⁹⁸. La teoria in esame si fonda, evidentemente, sul principio di pari dignità tra le diverse giurisdizioni e, più specificatamente, sull'assunto che le diverse regole processuali in punto di estensione oggettiva e soggettiva del giudi-

⁹⁶ D. VOLPINO, *Il riconoscimento del giudicato statunitense*, in *Int'l Lis*, 2007, p. 88 ss.

⁹⁷ Così come dispone, ad esempio, l'art. 15 della legge n. 218/1995. Volpino sottolinea come, per l'applicazione della *issue preclusion*, assumano rilevanza determinante le motivazioni del provvedimento giurisdizionale straniero; generalmente, nel sistema giurisdizionale statunitense, solo le giurisdizioni superiori sono tenute a motivare le loro decisioni; le giurisdizioni inferiori, di fronte a cui, in linea di principio, vengono discusse e decise le questioni di fatto, non sono tenute a motivare i rispettivi provvedimenti giurisdizionali. L'autore allora rileva come questo fatto potrebbe causare difficoltà al giudice italiano chiamato ad applicare la dottrina della *issue preclusion*. Secondo chi scrive, l'impossibilità di determinare l'estensione della cognizione del primo giudice con riguardo alle questioni di fatto e di diritto decise nel corso del primo procedimento comporterà, più semplicemente, la non applicabilità delle relative preclusioni.

⁹⁸ È significativo come già nella concezione di Savigny l'attribuzione degli effetti originari della sentenza rappresentasse corollario ineludibile del riconoscimento dell'atto giurisdizionale straniero, cfr. F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., pp. 267-268. Sembra, peraltro, condivisibile l'opinione di quanti sostengono che ammettere l'estensione degli effetti della sentenza non rappresenti una menomazione del principio di sovranità nazionale, giacché l'atto straniero è ammesso a produrre efficacia all'interno dell'ordinamento per effetto dell'espressa scelta del legislatore, cfr. E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., p. 63, spec. nota 31.

cato rappresentino semplicemente l'esito di un differente bilanciamento dei principi che vengono in rilievo con riguardo alla problematica in esame; bilanciamento che riflette, a sua volta, concezioni diverse – ma non necessariamente inconciliabili e, men che meno, ontologicamente incompatibili – della funzione del processo civile. Anche in questo caso, l'applicazione di norme che sono espressione di un approccio differente al problema del giudicato rispetto a quello adottato dall'ordinamento del foro non pare sollevare perplessità o difficoltà concettuali maggiori di quelle che normalmente accompagnano l'applicazione di una legge straniera, per effetto del normale funzionamento delle norme di conflitto.

L'adesione alla teoria dell'estensione degli effetti, con tutta evidenza, porta con sé la possibilità che si producano preclusioni esorbitanti rispetto a quelle normalmente prodotte dal giudicato domestico e che, quindi, si riconoscano effetti che sono il frutto di un differente bilanciamento tra i principi che vengono in rilievo con riferimento alla teoria della *res judicata*. Nondimeno, l'adesione alla teoria dell'estensione degli effetti del giudicato straniero non implica necessariamente l'accettazione di conseguenze giuridiche ontologicamente contrarie ai valori cui si informa l'ordinamento dello Stato ricevente: il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento ricevente è in ogni caso presidiato dal limite dell'ordine pubblico⁹⁹.

Occorre, peraltro, operare una distinzione tra i casi in cui gli effetti prodotti dal giudicato estero siano più ampi di quelli previsti dalla legge processuale dello Stato ricevente – nel qual caso, come si è detto, essi saranno sicuramente ammissibili, con il solo limite del rispetto dell'ordine pubblico – e i casi in cui tali effetti siano del tutto sconosciuti nell'ordinamento che recepisce la decisione straniera. In quest'ultimo caso, il riconoscimento della sentenza estera non potrà che comportare una parziale diminuzione dell'efficacia della pronuncia¹⁰⁰.

⁹⁹ D. VOLPINO, *Il riconoscimento del giudicato statunitense*, cit.

¹⁰⁰ Cfr. C. CONSOLO, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, cit., pp. 35-36. L'autore porta a titolo d'esempio il caso del sistema di pene private (c.d. «*astreintes*») che nell'ordinamento francese presidiano le condanne a un *facere* infungibile, sconosciute all'interno dell'ordinamento italiano. In simili circostanze, le soluzioni a disposizione dell'ordinamento ricevente sono molteplici. L'art. 54 del regolamento Bru-

Se è vero che il ricorso alla teoria in esame si fonda sul principio di parità delle diverse giurisdizioni, esso non richiede, né tantomeno presuppone, che tra i giudici dell'ordinamento d'origine e dell'ordinamento ricevente sussista un rapporto di reciproca fiducia. Come si è detto, affinché una decisione possa produrre effetti in un ordinamento diverso da quello da cui essa promana è necessario che sia riconosciuta. Le modalità e le condizioni a cui è assoggettato il recepimento della sentenza straniera possono essere più o meno stringenti a seconda del grado di maggiore o minore apertura dell'ordinamento richiesto, nonché del rapporto di fiducia che intercorre tra quest'ultimo e l'ordinamento di origine della decisione. In particolare, come si è visto, l'assenza di un sindacato sulla giurisdizione del giudice straniero e una limitazione (o «alleggerimento») dei motivi di ordine pubblico che possono giustificare il diniego del riconoscimento della decisione straniera caratterizzano i sistemi che, come l'Unione europea, sono fondati sul principio del *mutual trust*.

Una volta, però, che la decisione sia stata riconosciuta e che, quindi, sia stata ammessa a spiegare gli effetti tipici del giudicato nello Stato richiesto, il problema dell'individuazione della legge applicabile a tali effetti è di per sé indipendente dal grado di fiducia che intercorre tra i giudici dell'ordinamento di origine e dell'ordinamento ricevente o dal grado di integrazione tra detti ordinamenti. Arrivati a questo punto, infatti, la problematica non attiene più alle modalità e ai presupposti su cui si è fondato, nel caso concreto, l'esercizio della giurisdizione straniera, ma, come detto, riguarda il bilanciamento operato in via generale e astratta dai di-

xelles I-bis, ad esempio prevede che: «se la decisione contiene un provvedimento ignoto alla legge dello Stato membro richiesto, tale provvedimento è adattato, nella misura del possibile, a un provvedimento previsto dalla legge di tale Stato membro che abbia efficacia equivalente e che persegua obiettivi e interessi analoghi. Da tale adattamento non derivano effetti che vanno oltre quelli previsti dalla legge dello Stato membro d'origine». Una soluzione simile era contenuta all'interno del progetto preliminare di convenzione sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, segnatamente all'art. 14. Tuttavia, nel testo definitivo adottato nel 2019, la disposizione in parola non compare più. Essa, infatti, è stata eliminata, a fronte delle perplessità manifestate da numerose delegazioni nei confronti di un'adesione esplicita alla teoria dell'estensione degli effetti, cfr. «Judgments Convention: Revised Preliminary Explanatory Report», Prel. Doc. No. 10 of May 2018, <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/judgments/special-commission>.

versi ordinamenti tra i principi contrastanti che vengono in gioco nella definizione dell'estensione oggettiva e soggettiva della regiudicata¹⁰¹.

La teoria dell'estensione degli effetti contraddistingue il sistema di circolazione delle sentenze negli Stati membri dell'Unione europea, così come disciplinato dal regolamento Bruxelles I-*bis*. La già menzionata giurisprudenza *Gothaer*¹⁰², infatti, non pare idonea a sovvertire il principio sancito dal più risalente orientamento della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso *Hoffmann v Krieg*, a mente del quale «il riconoscimento deve avere come effetto di attribuire alle decisioni l'autorità e l'efficacia che esse rivestono nello Stato in cui sono state pronunciate»¹⁰³. D'altronde

¹⁰¹ In questo senso, cfr. Tribunale di Milano, sez. spec. impresa, 25 gennaio 2018, n. 824, in *Giur. comm.*, 2020.

¹⁰² Cfr. *supra*, capitolo II, nota 106. Di diverso avviso F. SALERNO, *L'armonia delle decisioni come principio generale dello spazio europeo in materia civile*, in G. BIAGIONI (a cura di), *Il principio dell'armonia delle decisioni civili e commerciali nello spazio giudiziario europeo*, Torino, 2015, p. 10, secondo cui la decisione in parola avrebbe contribuito all'«estrapolazione di una nozione uniforme della sfera di efficacia oggettiva della decisione» nel diritto uniforme dell'Unione europea.

¹⁰³ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Hoffmann v Krieg* cit., punto 11. La decisione della Corte di giustizia richiama quanto riportato nella *Relazione Jenard sulla convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, del 27 settembre 1968*, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee*, n. C 59 del 5 marzo 1979. Come osservato dalla Corte di Cassazione italiana con riferimento alla giurisprudenza *Gothaer*, «se si consente, come non pare discutibile, sul fatto che l'accezione di giudicato propria del diritto di ciascuno Stato membro non può né imporsi né sovrapporsi a quella comunitaria, deve anche convenirsi che neppure il diritto processuale europeo può alterare il concetto di giudicato (pre)esistente nei singoli ordinamenti degli Stati membri. E ciò non fosse altro che per la stessa funzione del riconoscimento, per il principio di reciproca fiducia che informa il regolamento n. 44/2001 e per i limitati obiettivi che questo persegue», per poi concludere che «gli artt. 32 e 33 del regolamento CE n. 44/2001 disciplinano il riconoscimento della decisione estera con implicito rinvio alle norme dello Stato in cui essa è stata resa, sicché il giudice dello Stato richiesto deve estrarre il giudicato in base a tali norme, non potendo applicare le regole di diritto interno. Ne consegue che, ove la sentenza oggetto di riconoscimento abbia pronunciato su una questione pregiudiziale di merito per decidere una questione dipendente, al fine di stabilire su quali statuizioni si sia formato il giudicato il giudice italiano non deve applicare l'art. 34 cod. proc. civ. o altra norma nazionale, ma le disposizioni dell'ordinamento estero in materia», Corte di Cassazione, sez. II, 16 mag-

de, se, come abbiamo appena visto, tale soluzione non dipende di per sé dalla fiducia reciproca che intercorre tra i diversi Stati membri, attribuire ai provvedimenti giurisdizionali resi all'interno dello spazio giudiziario dell'Unione una portata oggettiva differente da quella prevista nell'ordinamento di origine contrasterebbe con i principi e gli scopi perseguiti dal sistema di riconoscimento delle decisioni intraeuropee, fondato sulle premesse della piena equipollenza e fungibilità tra i diversi sistemi processuali degli Stati membri e finalizzato a garantire la piena e libera circolazione delle decisioni rese dai giudici di detti Stati in tutta l'Unione¹⁰⁴.

Come abbiamo visto, nel vigore del sistema di riconoscimento disciplinato dal Codice di procedura civile del 1942, la dottrina italiana prevalente era concorde nell'escludere che gli effetti della sentenza straniera riconosciuta potessero essere misurati alla stregua di quanto previsto nell'ordinamento di origine della decisione. Tuttavia, per le ragioni che abbiamo già ampiamente illustrato, a seguito della riforma del 1995 e dell'introduzione del sistema di riconoscimento automatico delle sentenze straniere il punto di partenza per la valutazione della portata conclusiva e preclusiva del provvedimento straniero dovrebbe essere la legge di origine della decisione. Come sostenuto dalla dottrina processualista, infatti, un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 64 della legge n. 218/1995 suggerisce che il riconoscimento automatico dei provvedimenti giurisdizionali stranieri ivi disciplinato comporti altresì che l'ambito di efficacia oggettiva e soggettiva della sentenza estera rimanga disciplinato dalle regole dello Stato d'origine¹⁰⁵.

gio 2014, n. 10853, cfr. S.A. VILLATA, *I limiti oggettivi dell'autorità di una sentenza straniera nel sistema «Bruxelles»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 821 ss. Peraltro, secondo la dottrina, la teoria dell'estensione degli effetti troverebbe oggi codificazione all'interno del già menzionato art. 54 del regolamento Bruxelles I-bis, cfr. S.M. CARBONE, C. TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, cit., p. 324.

¹⁰⁴ Cfr. E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., pp. 122-123; C. CONSOLO, M. STELLA, *Il giudicato sulla motivazione come zaino da viaggio*, in *Int'l Lis*, 2014, p. 105 ss.

¹⁰⁵ E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., pp. 64-65; M. MARESCA, *Articoli 64-66*, cit., p. 1478. *Contra* C. CONSOLO, *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze*, cit., secondo cui le norme dello Stato richiesto concorrono con la disciplina del giudicato accolta nello Stato di origine nella delimitazione dell'ambito oggettivo di efficacia del giudicato straniero.

A ciò si aggiungono ragioni di coerenza con quanto previsto dal legislatore della riforma all'art. 15 della legge n. 218/1995, con riguardo all'interpretazione e applicazione della legge straniera¹⁰⁶.

In questo senso sembra orientata anche la recente giurisprudenza del Tribunale di Milano, secondo cui la scelta operata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea con riferimento agli effetti delle sentenze riconosciute all'interno degli Stati membri per effetto del regolamento Bruxelles I-bis affonda le sue radici «nella ragione e nella funzione stessa del riconoscimento [automatico]» ed è, pertanto, estensibile anche al riconoscimento degli atti giurisdizionali stranieri *ex art. 64* della legge n. 218/1995¹⁰⁷.

2.3. *Teoria della doppia confinazione*

A mente di un terzo orientamento, che prende il nome di «teoria della doppia confinazione», gli effetti originari della sentenza straniera – così come disciplinati dalle norme processuali dello Stato da cui essa promana – sarebbero ammessi a spiegare efficacia all'interno dell'ordinamento ricevente, ma solo entro i limiti dell'estensione del giudicato generalmente previsti da quest'ultimo. In altre parole, l'ordinamento del foro concorrerebbe con l'ordinamento d'origine nella definizione dell'ambito di effica-

¹⁰⁶ S.M. CARBONE, *Articolo 15*, in F. POCAR, T. TREVES, S.M. CARBONE, A. GIARDINA, R. LUZZATTO, F. MOSCONI, R. CLERICI (a cura di), *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 72 ss.

¹⁰⁷ Tribunale di Milano, sez. spec. impresa, 25 gennaio 2018, n. 824. In particolare il Tribunale ricava tale orientamento dalla pronuncia della Corte di Cassazione, sez. II, 16 maggio 2014, n. 10853 (in *Giust. civ. Mass.*, 2014) nella parte in cui la Suprema Corte afferma che la teoria dell'estensione degli effetti è un necessario corollario del sistema di riconoscimento automatico delle sentenze, così come disciplinato dagli artt. 33 ss. del regolamento del Consiglio n. 44/2001 (oggi artt. 36 ss. del regolamento Bruxelles I-bis). In realtà, il ragionamento della Corte di Cassazione non appare *ipso facto* estensibile anche al riconoscimento *ex art. 64* della legge n. 218/1995, non foss'altro per il fatto che la Suprema Corte, diversamente da quanto abbiamo argomentato noi, rilegge la giurisprudenza *Hoffmann* alla luce del principio della reciproca fiducia; principio che informa sicuramente il sistema di circolazione delle decisioni in ambito europeo, ma che non appare immediatamente applicabile anche in materia di riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali provenienti da Stati terzi.

cia del provvedimento giurisdizionale straniero, così costituendo una sorta di doppio filtro.

In tal modo, pur ammettendo in linea di principio la rilevanza della sentenza riconoscenda come «atto giurisdizionale straniero» – e cioè come provvedimento di regola idoneo a produrre gli effetti previsti dalle norme processuali dell'ordinamento di origine – si attribuisce rilievo decisivo alle scelte di *policy* che informano la disciplina del giudicato nell'ordinamento ricevente, giacché si impedisce alla decisione straniera di produrre effetti esorbitanti rispetto a quelli prodotti da analoghe sentenze interne¹⁰⁸.

In termini pratici, l'adesione alla teoria della doppia confinazione comporta che, laddove le regole in vigore nello Stato da cui proviene la decisione giudiziale prevedano confini al giudicato più circoscritti di quelli tracciati dalla disciplina dello Stato di ricezione, in quest'ultimo ordinamento gli effetti preclusivi della sentenza straniera saranno più limitati di quelli normalmente prodotti dalle sentenze interne; qualora, invece, l'ordinamento d'origine attribuisca al giudicato una portata più ampia di quella prevista nello Stato di riconoscimento, la decisione sarà soggetta a una limitazione dei suoi effetti originari, i quali coincideranno con le preclusioni normalmente prodotte dalle sentenze interne all'interno dell'ordinamento ricevente.

Ritornando all'esempio proposto nei precedenti paragrafi, il giudice tedesco – una volta appurata la riconoscibilità della sentenza inglese – sarebbe chiamato a raffrontare gli effetti originari del provvedimento giurisdizionale straniero con la disciplina prevista dalle norme processuali tedesche in materia di giudicato. Nello specifico, come si è visto, l'ordinamento inglese ritiene che le sentenze siano idonee a produrre effetti tanto

¹⁰⁸ A titolo di esempio, Consolo evidenzia che nell'ordinamento italiano non si riconosce efficacia di giudicato alla decisione delle questioni non logicamente pregiudiziali rispetto alla situazione soggettiva oggetto della controversia, poiché non si confida «nelle ricognizioni giudiziali compiute strada facendo», senza che il giudice e le parti «vi abbiano dedicato l'approfondimento che avrebbero loro riservato se esse avessero costituito l'oggetto di un'autonoma domanda». Da queste premesse Consolo conclude che «[s]e dunque questa è la *policy* generale del nostro ordinamento, non credo che essa debba cessare di trovare applicazione solo perché il legislatore del '95 ha optato per il sistema del riconoscimento automatico dell'efficacia della sentenza straniera», cfr. C. CONSOLO, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, cit., p. 33.

di *cause of action estoppel* quanto di *issue estoppel*. Al contrario, l'ordinamento tedesco attribuisce efficacia di giudicato unicamente alla decisione delle domande espressamente formulate dalle parti, di modo che la definizione delle questioni pregiudiziali assume rilievo di mero accertamento incidentale. Di conseguenza, il provvedimento giurisdizionale inglese riconosciuto in Germania potrebbe produrre unicamente effetti di *cause of action estoppel* e non, invece, di *issue estoppel*.

Sempre nella prospettiva della doppia confinazione, nella situazione opposta – e cioè laddove sia la sentenza tedesca a venire in rilievo all'interno di un procedimento inglese – non si produrrebbero comunque effetti di *issue estoppel*, poiché, come detto, non sarebbe possibile attribuire ai provvedimenti giurisdizionali stranieri un regime di efficacia esorbitante rispetto a quanto previsto nei rispettivi ordinamenti di origine.

La teoria in esame si è inizialmente sviluppata in ambito tedesco, dove incontra tuttora il favore della dottrina processualista maggioritaria¹⁰⁹. Dal canto suo la dottrina italiana ha evidenziato come la teoria della doppia confinazione sia unicamente «un'opzione facoltativa che un ordinamento può scegliere come no», poiché «non vi è alcuna ragione ontologica che impedisca all'efficacia di accertamento prodotta dalla decisione straniera automaticamente riconosciuta di avere un'estensione oggettiva e/o soggettiva più ampia di quella generata da una pronuncia interna avente analogo contenuto»¹¹⁰. I valori fondamentali dell'ordinamento sarebbero, infatti, già presidiati dai limiti al riconoscimento degli atti giurisdizionali stranieri e, segnatamente, dal limite dell'ordine pubblico (in questo caso inteso

¹⁰⁹ Cfr. C. CONSOLO, M. STELLA, *Il giudicato sulla motivazione come zaino da viaggio*, cit.; E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit.

¹¹⁰ E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., pp. 72-73. Benché anche Consolo rilevi come non vi sia «nulla di abnorme nel ritenere che l'ordinamento di ricezione rinvii integralmente e solo alle regole sui limiti oggettivi dell'ordinamento di origine», nondimeno l'autore ritiene preferibile aderire alla teoria della doppia confinazione; cfr. C. CONSOLO, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, cit., p. 33. Nello stesso senso si esprimevano, cfr. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, 5^a ed., Torino, 2011, p. 282; tuttavia nelle edizioni più recenti del manuale è scomparso ogni riferimento alla teoria della doppia confinazione, cfr. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, 7^a ed., cit., p. 302.

nella sua dimensione processuale)¹¹¹. Secondo la stessa dottrina, peraltro, la disciplina italiana in materia di riconoscimento di provvedimenti giurisdizionali stranieri non conterrebbe alcun indizio che dimostri un'opzione del legislatore a favore della doppia confinazione e, di conseguenza, essa non dovrebbe ritenersi applicabile all'interno del nostro ordinamento¹¹².

La teoria della doppia confinazione trova, invece, espresso accoglimento nella giurisprudenza del Tribunale Federale svizzero secondo cui: «Un jugement étranger reconnu n'a en Suisse que l'autorité qui serait la sienne s'il émanait d'un tribunal suisse. Ainsi, un jugement étranger non constitutif qui serait opposable aux tiers selon la loi de l'État d'origine ne bénéficierait de l'autorité de la chose jugée en Suisse qu'à l'égard des parties à la procédure qu'il a close. De même, l'autorité de la chose jugée d'un jugement étranger qui s'étendrait aux motifs de celui-ci, d'après la loi de l'État d'origine, ne sera admise en Suisse que pour les chefs du dispositif de ce jugement. A l'inverse, le jugement étranger ne produit pas plus d'effet, en Suisse, que ne lui en attribue le système juridique dont il émane»¹¹³.

In definitiva, la teoria della doppia confinazione appare maggiormente idonea ad assicurare il rispetto delle scelte di *policy* operate dall'ordinamento ricevente, con riferimento al bilanciamento dei valori contrastanti che vengono in rilievo nella definizione dell'ambito di efficacia del giudicato. Allo stesso tempo, tuttavia, l'applicazione del doppio filtro espone le parti al rischio del c.d. «effetto sorpresa», già considerato nei paragrafi precedenti. Come evidente, laddove l'ordinamento ricevente disegni i limiti del giudicato in termini più stringenti dell'ordinamento d'origine, il provvedimento giurisdizionale sarà privato di taluni suoi effetti e, di con-

¹¹¹ Di diverso avviso, invece, Consolo secondo cui in questo modo si caricerebbe di eccessiva valenza il principio dell'ordine pubblico, cfr. C. CONSOLO, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, cit., p. 30, spec. nota 59.

¹¹² Dello stesso avviso anche D. VOLPINO, *Il riconoscimento del giudicato statunitense*, cit. In senso sostanzialmente conforme, cfr. Tribunale di Milano, sez. spec. impresa, 25 gennaio 2018, n. 824.

¹¹³ Tribunale Federale svizzero, sentenza 4A_508/2013 del 27 maggio 2014, par. 3.2. Peraltro, la decisione in parola annulla un lodo arbitrale internazionale reso all'esito di una procedura in cui il tribunale arbitrale aveva riconosciuto gli effetti preclusivi di una sentenza statale straniera, senza applicare il doppio filtro previsto dalla teoria in esame. *Contra*, A. BUCHER, A. BONOMI, *Droit international privé*, Basel, 2013, p. 67.

sequenza, le parti potranno far valere uno spettro di preclusioni più ristretto di quanto potevano legittimamente attendersi al tempo del primo procedimento.

3. Alcune considerazioni conclusive in merito agli effetti di giudicato delle sentenze straniere

Come abbiamo visto, riconoscere una decisione straniera significa acconsentire a che la disciplina concreta di un determinato rapporto privato sia fornita da un atto estraneo all'ordinamento e con efficacia di per sé limitata a un ambiente giuridico diverso da quello in cui esso è poi chiamato a produrre i suoi effetti. Come nella disciplina dei conflitti di legge, l'implicita rinuncia dell'ordinamento ricevente a provvedere a una regolamentazione sua propria del rapporto privato in questione si giustifica in ragione dell'esigenza di assicurare uniformità di trattamento e, quindi, stabilità e continuità alle situazioni giuridiche che fanno capo ai medesimi soggetti nei diversi ordinamenti.

Abbiamo visto come la permeabilità di un ordinamento ai valori giuridici sanciti da un atto giurisdizionale straniero possa dipendere alternativamente da una norma di diritto internazionale privato ovvero da una norma di diritto processuale civile internazionale. Se nel primo caso si conferisce rilievo esclusivo alla dimensione sostanziale del giudicato – poiché l'atto giurisdizionale straniero è recepito in quanto espressione della volontà della legge per il caso concreto –, nel secondo caso si valorizza tanto la natura sostanziale quanto quella processuale del giudicato. Grazie al riconoscimento propriamente inteso, il provvedimento straniero assume rilievo all'interno del processo quale fattore impediente di una nuova pronuncia sul merito della controversia e vincola il giudice nell'accertamento di diritti dipendenti dalla situazione soggettiva coperta dal giudicato straniero.

Abbiamo poi esaminato le diverse tecniche che permettono il riconoscimento, valutando le rispettive implicazioni in termini di qualificazione del provvedimento giurisdizionale straniero riconosciuto in rapporto al principio di sovranità e separazione degli ordinamenti giuridici statuali, per

poi considerare i limiti generalmente posti al riconoscimento delle sentenze straniere.

Infine, abbiamo considerato i diversi modelli teorici di riferimento per l'identificazione della disciplina applicabile agli effetti preclusivi delle sentenze straniere. Come si è visto, è possibile che al provvedimento giurisdizionale straniero sia riconosciuta la medesima efficacia attribuita alle analoghe decisioni interne. Alternativamente, è possibile assoggettare il regime di efficacia del provvedimento straniero al doppio filtro risultante dall'applicazione congiunta delle norme sul giudicato proprie dell'ordinamento ricevente e dell'ordinamento d'origine. Infine, è possibile ammettere la produzione di tutti e i soli effetti originari della sentenza estera che non contrastino con l'ordine pubblico dell'ordinamento ricevente.

Di particolare rilievo è la constatazione secondo cui l'opzione a favore di una delle tre teorie appena richiamate dipenda, in buona sostanza, dal grado di apertura dell'ordinamento ricevente nei confronti dei valori e dei principi che informano la disciplina del giudicato degli ordinamenti stranieri.

In particolare, la teoria dell'assimilazione degli effetti è espressione di una posizione di chiusura nei confronti del bilanciamento valoriale operato dagli ordinamenti stranieri in materia di giudicato. Secondo tale prospettiva – che, come detto, risente di un'impostazione marcatamente positivistica – l'estensione oggettiva e soggettiva del giudicato è sempre e comunque disciplinata dalle norme processuali dell'ordinamento ricevente, a prescindere dal fatto che si tratti di sentenze interne ovvero di decisioni straniere. Non è quindi attribuita valenza giuridica autonoma al provvedimento giurisdizionale straniero, ma esso rileva come mero presupposto logico per l'adozione di un provvedimento che ne rispecchi il contenuto all'interno dell'ordinamento richiesto ovvero come «fatto di produzione giuridica».

La teoria della doppia confinazione, invece, attribuisce alla sentenza straniera riconosciuta rilevanza di atto giurisdizionale straniero, di per sé idoneo a produrre gli effetti previsti dalle norme processuali dell'ordinamento d'origine. Tuttavia, a garanzia delle scelte di *policy* su cui si fonda la disciplina del giudicato nell'ordinamento ricevente, ai provvedimenti stranieri non sono riconosciuti effetti ulteriori rispetto a quelli normalmente attribuiti ad analoghe sentenze interne.

La teoria dell'estensione degli effetti, invece, attribuisce rilevanza decisiva alle norme processuali dell'ordinamento da cui promana l'atto giurisdizionale straniero, con il solo limite dell'ordine pubblico. In questo modo si riconosce la natura necessariamente relativa del bilanciamento operato all'interno dell'ordinamento ricevente tra i valori contrastanti che vengono in rilievo con riferimento alla teoria della *res judicata*. Si ammette, infatti, come una diversa caratterizzazione dei principi che informano la disciplina del giudicato e, più in generale, il processo civile non sia di per sé necessariamente incompatibile con i valori fondamentali dell'ordinamento ricevente. Tale impostazione, peraltro, garantisce una maggiore uniformità e prevedibilità degli effetti del giudicato; la definizione dell'ambito di efficacia dei provvedimenti giurisdizionali non dipenderà, infatti, dalla particolare disciplina accolta nei diversi ordinamenti dove la sentenza sarà fatta valere, ma corrisponderà a quanto le parti potevano ragionevolmente prevedere già al tempo del primo processo.

Come avremo modo di apprezzare, le conclusioni raggiunte nel presente capitolo assumono particolare rilevanza con riferimento alla definizione degli effetti preclusivi prodotti dalle decisioni che vengono in rilievo nel corso del procedimento arbitrale. Laddove, infatti, i provvedimenti in parola promanano da un ordinamento diverso da quello in cui opera il tribunale arbitrale, quest'ultimo sarà tenuto a individuare (quantomeno implicitamente) il modello teorico più adeguato a determinare l'estensione dei relativi effetti preclusivi.

PARTE SECONDA

IL PROBLEMA DELLA *RES JUDICATA*
NELL'ARBITRATO COMMERCIALE
INTERNAZIONALE

CAPITOLO V

RILEVANZA DELLE DIVERSE RAPPRESENTAZIONI
DEL FENOMENO ARBITRALE
PER UNO STUDIO IN TEMA DI *RES JUDICATA*

SOMMARIO: 1. La nozione di «arbitrato commerciale internazionale». – 1.1. Le definizioni di «arbitrato commerciale internazionale» suggerite dalla dottrina. – 1.2. Le definizioni di «arbitrato commerciale internazionale» fornite dalle convenzioni internazionali. – 1.3. Le definizioni di «arbitrato commerciale internazionale» fornite dalle leggi arbitrali statali. – 1.4. Individuazione della nozione di «arbitrato commerciale internazionale». – 2. Un ordinamento giuridico arbitrale? – 2.1. Rilevanza delle diverse rappresentazioni del fenomeno arbitrale per uno studio in tema di *res judicata*. – 2.2. Le diverse rappresentazioni del fenomeno arbitrale. – 2.2.1. La tesi «territorialista». – 2.2.2. La tesi «pluralista». – 2.2.3. La tesi «autonomista». – 2.3. Considerazioni in merito alle diverse rappresentazioni esaminate. – 2.3.1. Le norme applicabili al procedimento arbitrale. – 2.3.2. La sanzione legale del lodo.

Prima di procedere all'analisi delle specifiche problematiche che la teoria della *res judicata* solleva di fronte ai tribunali arbitrali internazionali, è necessario considerare le caratteristiche essenziali che contraddistinguono il mezzo di risoluzione delle controversie in esame.

In particolare, oltre a soffermarci sulla nozione di «arbitrato commerciale internazionale», dovremo domandarci se e in quali termini quest'ultimo possa essere concepito come un ordinamento giuridico indipendente e autonomo rispetto ai singoli ordinamenti giuridici statali, o se, al contrario, ogni procedimento arbitrale, pur a dispetto dell'aggettivo «internazionale», debba necessariamente ricondursi nell'alveo di un ordinamento giuridico statale, sia pure con gli spazi di autonomia generalmente accordati dalle leggi arbitrali nazionali.

Per quanto, infatti, una simile premessa possa apparire estranea alle problematiche oggetto di studio, nel capitolo VI avremo modo di vedere come gran parte delle criticità che si riscontrano nelle soluzioni prospettate dalla dottrina affondino le loro radici nella dogmatica accettazione di postulati quantomeno discutibili e, sicuramente, non unanimemente condivisi in merito alla natura dell'arbitrato commerciale internazionale.

1. *La nozione di «arbitrato commerciale internazionale»*

Occorre, in primo luogo, definire la nozione di «arbitrato commerciale internazionale».

Con il termine «arbitrato» si suole indicare il procedimento con il quale due o più parti affidano la risoluzione di una loro controversia a uno o più soggetti terzi e imparziali, i quali, all'esito di una procedura condotta nel rispetto del principio del contraddittorio, sono chiamati a rendere secondo diritto (o, in certi casi, secondo equità, ma pur sempre attraverso l'applicazione di sillogismi giuridici) una decisione vincolante¹. Operando una scelta a favore di tale mezzo di risoluzione delle controversie, le parti sottraggono la disputa alla cognizione dei tribunali nazionali.

L'aggettivo «commerciale» non pare sollevare particolari problemi. Tale locuzione vale, infatti, a distinguere il meccanismo di risoluzione delle controversie tra privati dall'arbitrato internazionale in senso stretto e, cioè, quale mezzo di risoluzione delle controversie tra Stati o tra altri soggetti di diritto internazionale pubblico². Il termine, pertanto, dovrà essere inteso in un'accezione particolarmente ampia, tale da ricomprendere tutti i rapporti – contrattuali ed extracontrattuali – che sorgono o sono in qualche modo connessi alle relazioni di natura commerciale tra privati³.

¹ M.V. BENEDETTELLI, *International Arbitration in Italy*, cit., p. 3.

² Tanto premesso, salva espressa indicazione contraria, nel presente studio ogni riferimento alla nozione di «arbitrato internazionale» dovrà intendersi come riferito all'arbitrato *commerciale* internazionale.

³ A. REDFERN, M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed., London, 2004, p. 18.

Appare, invece, più complessa la definizione dell'aggettivo «internazionale».

Sul punto, vengono in rilievo – oltre alle opinioni espresse dalla letteratura giuridica sul tema – le definizioni di «arbitrato commerciale internazionale» che si ricavano da strumenti di diritto positivo quali, ad esempio, le convenzioni internazionali, gli strumenti di *soft law* e le leggi nazionali degli Stati che hanno previsto una disciplina specifica per questa categoria di controversie.

1.1. *Le definizioni di «arbitrato commerciale internazionale» suggerite dalla dottrina*

Secondo una certa dottrina, la denominazione «arbitrato commerciale internazionale» sarebbe terminologicamente inesatta, in quanto non esisterebbe alcun arbitrato commerciale propriamente «internazionale». Così come ogni sistema di diritto internazionale privato è in realtà composto da un insieme di regole nazionali (quantunque – in certi casi – di derivazione internazionale), allo stesso modo ogni arbitrato commerciale internazionale sarebbe da ricondurre ad un ordine giuridico nazionale⁴. Secondo tale prospettiva, con tutta evidenza, avrebbe senso parlare unicamente di arbitrato domestico e arbitrato estero⁵.

In una prospettiva diametralmente opposta, si potrebbe ritenere che l'aggettivo «internazionale» valga a identificare i procedimenti che non presentano alcun legame con gli ordinamenti statali e siano pertanto riconducibili a un (ipotetico) ordinamento giuridico arbitrale.

Nondimeno – per gli scopi della presente trattazione – considerazioni di tal sorta presentano un'utilità decisamente limitata, in quanto sono già il frutto della visione che gli autori propongono in merito alla natura dell'arbitrato. Esse, infatti, si fondano su un postulato – l'esistenza ovvero l'inesistenza di un ordine giuridico arbitrale – che sarà oggetto di indagine nella seconda parte di questo capitolo⁶. Sebbene, come evidenziato da

⁴F.A. MANN, *Lex Facit Arbitrum*, in P. SANDERS (a cura di), *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, Leiden, 1967, in particolare p. 159.

⁵Cfr. *infra* in questo capitolo, al paragrafo 2.2.1.

⁶Cfr. *infra* in questo capitolo, al paragrafo 2.

attenta dottrina, l'aggettivo «internazionale», ove riferito all'arbitrato, possa assumere una molteplicità di significati⁷, in questa fase dello studio si ritiene più utile individuare una nozione maggiormente «descrittiva» della locuzione in esame, che possa ricomprendere l'insieme delle controversie che ci si appresta a considerare e non sia già il risultato delle valutazioni in merito alla *natura* dell'arbitrato commerciale internazionale.

Secondo l'opinione di un nutrito numero di studiosi, l'aggettivo «internazionale» servirebbe a individuare i procedimenti arbitrali caratterizzati dalla presenza di elementi di transnazionalità. Segnatamente, secondo Fragistas sarebbero «internazionali» gli arbitrati che presentino elementi di transnazionalità, vuoi con riferimento alla materia oggetto della controversia, vuoi con riguardo alla procedura adottata⁸. Sulla stessa linea si pongono Smit, che definisce l'arbitrato internazionale come quel procedimento che presenta elementi di collegamento con più di uno Stato⁹, e Goldman, che qualifica come internazionali le controversie che interessano un «contratto internazionale» ovvero che presentano elementi di transnazionalità con riferimento alla procedura adottata¹⁰. Lalive osserva opportunamente come la definizione fornita da Fragistas sia, nei fatti, troppo ampia. Cionondimeno, la considera un utile punto di partenza per un'analisi dell'effettivo grado di transnazionalità della controversia, da condursi caso per caso¹¹. Dal canto suo, Fouchard ammette che – in linea

⁷ M.V. BENEDETTELLI, *International Arbitration in Italy*, cit., p. 4.

⁸ C.N. FRAGISTAS, *Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé*, in *RCDIP*, 1960, pp. 1-20, in particolare pp. 12-13. Secondo l'autore, l'arbitrato presenterebbe elementi d'internazionalità con riferimento al merito della controversia laddove le parti abbiano nazionalità differente o siano domiciliate in Stati diversi, ovvero laddove il contratto sia stato concluso o debba essere eseguito in uno Stato diverso. L'arbitrato presenterebbe, invece, elementi d'internazionalità con riferimento alla procedura laddove gli arbitri presentino cittadinanze diverse (tra di loro o rispetto alle parti), ovvero laddove il procedimento si debba svolgere all'estero o secondo regole procedurali di uno Stato straniero.

⁹ H. SMIT, *A-National Arbitration*, in *Tulane Law Rev.*, 63, 1989, pp. 629-630.

¹⁰ B. GOLDMAN, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, in *Recueil des Cours*, 109, 1963, pp. 362-363.

¹¹ P. LALIVE, *Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial*, in *Recueil des Cours*, 120, 1967, pp. 580-581. In particolare, secondo Lalive non sarebbe necessario

teorica – l'arbitrato si potrebbe qualificare come internazionale in ragione della procedura adottata, ovvero dell'oggetto della controversia. Nell'opinione dell'autore, tuttavia, sarebbe preferibile dare rilievo al carattere transnazionale dell'operazione commerciale sottesa alla controversia e non tanto alla procedura adottata dagli arbitri; questo, infatti, favorirebbe lo sviluppo di una nozione uniforme di arbitrato «internazionale»¹².

Anche la dottrina italiana fornisce una definizione di arbitrato commerciale internazionale per molti aspetti assimilabile a quanto fin qui considerato. Secondo Luzzatto l'espressione «arbitrato commerciale internazionale» indica il «mezzo di soluzione tipico delle controversie relative al commercio internazionale»¹³. Opinione simile è espressa da Frignani, secondo cui l'arbitrato si dovrà qualificare come «internazionale» laddove sia riferibile a un'operazione del commercio internazionale. Nell'opinione dell'autore, peraltro, la presenza di elementi di transnazionalità nella procedura deve considerarsi «più una conseguenza che non una prova dell'internazionalità dell'arbitrato»¹⁴. Dello stesso avviso Bernardini, secondo cui «il dato unificante è rappresentato dalla circostanza che il contratto litigioso [e non la procedura adottata] presenta elementi di estraneità»¹⁵.

individuare una definizione generica e unitaria di arbitrato «internazionale», in quanto, allo scopo di una simile qualificazione, verrebbe in rilievo una valutazione empirica degli elementi di transnazionalità effettivamente riscontrabili nella controversia in esame. Tuttavia, per scopi meramente espositivi, ritiene accettabile la definizione fornita da Fragistas.

¹² P. FOUCHARD, *Quand un arbitrage est-il international?*, in *Rev. arb.*, 1970, pp. 71.

¹³ R. LUZZATTO, voce *Arbitrato commerciale internazionale*, in *Digesto Commerciale*, Padova, 1987, I, p. 193.

¹⁴ A. FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Padova, 2004, pp. 19-22. *Contra* M. RUBINO SAMMARTANO, *International Arbitration Law and Practice*, The Hague, 2001, p. 39 ss., il quale valorizza il carattere non nazionale della procedura adottata per dirimere la controversia, asserendo che devono qualificarsi come internazionali gli arbitrati retti da una procedura non riconducibile interamente a un unico Stato, vuoi perché assoggettata alle regole procedurali di più Stati, vuoi perché regolata da norme non statali.

¹⁵ P. BERNARDINI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 2000, p. 4.

1.2. *Le definizioni di «arbitrato commerciale internazionale» fornite dalle convenzioni internazionali*

Quanto alle convenzioni internazionali, occorre anzitutto rilevare come lo strumento convenzionale di maggior successo in materia di arbitrato – la Convenzione di New York del 1958 per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere (di seguito, «Convenzione di New York del 1958») ¹⁶ – non fornisca alcuna definizione della nozione di «arbitrato commerciale internazionale». Anzi, a ben vedere, pur a fronte di un impiego del termine in esame nei lavori preparatori ¹⁷ e fatto salvo un riferimento ai lodi arbitrali «non-domestic», nel testo della Convenzione di New York del 1958 non si rinviene la locuzione «arbitrato commerciale internazionale». La Convenzione, infatti, si riferisce unicamente ai lodi arbitrali «stranieri».

A questo proposito, mette conto precisare come la nozione di arbitrato «internazionale» non debba essere confusa con la nozione di arbitrato «straniero». A mente della Convenzione di New York del 1958, il lodo arbitrale straniero è il lodo «reso sul territorio di uno Stato diverso da

¹⁶ Alla data in cui si scrive, 169 Stati hanno ratificato la Convenzione di New York del 1958. Un elenco aggiornato degli Stati contraenti può essere trovato al seguente indirizzo web: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=XXII-1&chapter=22&clang=en.

¹⁷ Come già ricordato, in data 6 aprile 1954, il Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite adottava la risoluzione 520(VII), con la quale veniva istituito il «Comitato per l'esecuzione dei lodi arbitrali internazionali», con il compito di esaminare un progetto di convenzione presentato dalla *International Chamber of Commerce*. Il progetto era intitolato appunto: «Convenzione per l'esecuzione dei lodi arbitrali internazionali». Tuttavia, il Comitato considerò preferibile la denominazione «lodo straniero», allo scopo di non creare inutili confusioni con l'arbitrato internazionale tra Stati («Report of the committee on the enforcement of international arbitral awards», 28 marzo 1955, E/2704, reperibile al sito http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_travaux.html). Tale scelta non andò esente da critiche. Si veda, in particolare, la posizione espressa dal governo svizzero in merito all'utilizzo del termine «lodo arbitrale straniero» invece che «lodo arbitrale internazionale», come riportata nel «Report of the Secretary General on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards», 31 gennaio 1956, n. E/2822, reperibile al seguente indirizzo web: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_travaux.html.

quello in cui se ne chiede l'esecuzione»¹⁸. In altre parole, è straniero l'arbitrato non riconducibile all'ordinamento giuridico dello Stato in cui è chiesto il riconoscimento o l'esecuzione della decisione arbitrale¹⁹.

Una simile definizione non è adeguata a descrivere il fenomeno dell'arbitrato internazionale. Infatti, può ben darsi che un lodo «reso sul territorio» di uno Stato estero risulti di fatto estraneo al mondo dell'arbitrato internazionale, così come potrebbero esservi lodi «resi sul territorio nazionale», ma all'esito di un procedimento arbitrale «internazionale». In sostanza, la distinzione tra arbitrato internazionale e arbitrato interno risponde a esigenze differenti e opera su un piano diverso rispetto alla distinzione tra arbitrato domestico e arbitrato straniero²⁰.

La denominazione «arbitrato commerciale internazionale» si ritrova, invece, nella Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961, intitolata, per l'appunto, «Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale» (di seguito anche, «Convenzione di Ginevra del 1961»). Sebbene la Convenzione in oggetto non fornisca una definizione di cosa debba intendersi con l'aggettivo «internazionale», essa individua il proprio ambito di applicazione con riferimento alle controversie sorte o che potrebbero

¹⁸ Art. I, Convenzione di New York del 1958. Traduzione non ufficiale.

¹⁹ H. STROHBACH, *Towards an International Arbitral Award*, in J.C. SCHULTSZ, A.J. VAN DEN BERG (a cura di), *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration – Liber Amicorum Pieter Sanders*, Antwerp, 1982, p. 307. Peraltro, quale sia il criterio utile a ricondurre il procedimento arbitrale a un dato ordinamento giuridico dipende dalla scelta operata dal legislatore nazionale. Sui criteri che vengono in rilievo al fine di stabilire la nazionalità dell'arbitrato, così come sull'eterogeneità delle soluzioni accolte nelle legislazioni nazionali, si veda C. N. FRAGISTAS, *Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé*, cit., p. 5.

²⁰ Cfr. R. LUZZATTO, *L'arbitrato internazionale e i lodi stranieri nella nuova disciplina legislativa italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 259; P. BERNARDINI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, cit., p. 11 ss.; M.A. LUPOI, *Quel che resta dell'arbitrato con elementi di estraneità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1344; M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale*, Padova, 2017, p. XIX. In senso contrario sembra esprimersi M. RUBINO SAMMARTANO, *International Arbitration Law and Practice*, cit., p. 39 ss., laddove afferma che, sebbene l'arbitrato straniero non vada confuso con l'arbitrato internazionale, quest'ultimo rappresenterebbe un *tertium genus*, alternativo tanto all'arbitrato interno, quanto a quello straniero.

sorgere da operazioni del commercio internazionale tra persone fisiche o giuridiche aventi, al tempo della conclusione della Convenzione, la propria residenza abituale ovvero la propria sede in Stati contraenti diversi²¹. In sostanza, la convenzione di Ginevra del 1961 valorizza gli elementi di transnazionalità riferibili al merito della controversia. Nel fare ciò, peraltro, combina (e cumula) il requisito soggettivo della localizzazione delle parti al requisito oggettivo che la controversia interessi la materia del commercio internazionale tra privati.

1.3. *Le definizioni di «arbitrato commerciale internazionale» fornite dalle leggi arbitrali statali*

Una definizione della nozione in esame è, invece, fornita dalla Legge Modello UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale (di seguito anche solo «Legge Modello UNCITRAL»). In particolare, essa prevede che un arbitrato sia «internazionale» laddove le parti, al momento della sottoscrizione della clausola compromissoria o del compromesso, abbiano il loro *place of business* in Stati differenti; oppure, se la sede dell'arbitrato (come determinata dalla clausola compromissoria o dal compromesso) o il luogo in cui deve essere eseguita un'obbligazione rilevante della relazione commerciale o il luogo con cui la materia del contendere presenta il collegamento più stretto ricadano al di fuori dello Stato in cui le parti hanno il loro *place of business*; oppure, se le parti abbiano espressamente previsto che la materia del contendere sia connessa a più di uno Stato²².

Come si evince tanto dai lavori preparatori²³ quanto dal Digesto pubblicato dal segretariato dell'UNCITRAL²⁴, la Legge Modello UNCITRAL fornisce una definizione decisamente ampia del termine «internazionale».

²¹ Art. I(1)(a), Convenzione di Ginevra del 1961.

²² Art. 3, comma 1, Legge Modello UNCITRAL.

²³ Reperibili all'indirizzo web: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985_Model_arbitration_travaux.html.

²⁴ Segretariato UNCITRAL, *2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, reperibile all'indirizzo web: <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012e.pdf>.

Diversamente dalla Convenzione di Ginevra del 1961, infatti, i criteri appena menzionati operano in via alternativa e non cumulativa. Peraltro, analogamente alla Convenzione di Ginevra del 1961, i criteri elencati dalla Legge Modello UNCITRAL valorizzano il carattere «internazionale» della relazione commerciale che sottende la controversia, non considerando, invece, gli elementi di transnazionalità che potrebbero caratterizzare il procedimento arbitrale.

Una definizione di «arbitrato commerciale internazionale» si ritrova altresì nelle legislazioni nazionali degli Stati che hanno inteso prevedere una disciplina apposita per la categoria in esame.

A norma dell'art. 1504 del *Nouveau code de procédure civile* francese «est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international», con ciò intendendosi tutte le operazioni che implicino un movimento transfrontaliero di beni o servizi.

La scelta del legislatore francese, sulla scia della giurisprudenza anteriore all'introduzione della norma in esame²⁵, valorizza il carattere internazionale della relazione commerciale sottesa alla controversia, senza prendere in considerazione altri elementi, quali ad esempio la nazionalità o il domicilio delle parti, il luogo di conclusione o esecuzione del contratto, ovvero gli elementi di transnazionalità riferibili alla procedura scelta dalle parti. In sostanza, come osservato da attenta dottrina, nella valutazione dell'internazionalità della controversia, la legge francese assume una prospettiva prettamente «economica»²⁶.

Come noto, anche il legislatore italiano del 1994 aveva previsto una disciplina apposita per l'arbitrato commerciale internazionale²⁷. In parti-

²⁵ *Cour de Cassation*, 19 febbraio 1930, Mardelé c. Müller; *Cour de Cassation*, 27 gennaio 1931, Dambricourt c. Rossart; *Cour de Cassation*, 18 maggio 1971, Impex; *Cour d'Appel de Paris*, 21 febbraio 1980, *Götaverken*.

²⁶ P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, p. 59 ss.

²⁷ Nel 2006, tuttavia, il legislatore italiano ha scelto di eliminare ogni riferimento all'arbitrato commerciale internazionale. Ad oggi, pertanto, il Codice di procedura civile italiano non contiene più alcuna definizione della nozione di «arbitrato commerciale internazionale». Tale scelta, come noto, non è dovuta a un mutato atteggiamento del legislatore italiano nei confronti dell'arbitrato internazionale, quanto piuttosto a un ripensamento della disciplina riguardante l'arbitrato nel suo complesso. Con l'abrogazio-

colare, a norma del vecchio art. 832 c.p.c., doveva considerarsi «internazionale» l'arbitrato in cui almeno uno dei litiganti avesse sede o residenza all'estero, ovvero nel quale una parte rilevante delle obbligazioni nascenti dal rapporto sotteso alla controversia dovesse essere eseguita all'estero. In sostanza, per identificare la nozione di arbitrato «internazionale», si faceva ricorso, in via alternativa, a un criterio soggettivo e a un criterio oggettivo, in ogni caso riferibili al merito della controversia, senza considerare eventuali elementi di transnazionalità della procedura scelta dalle parti. D'altronde la qualificazione dell'arbitrato come «internazionale» ai sensi del vecchio art. 832 c.p.c. era per l'appunto funzionale all'applicazione di una procedura più flessibile rispetto a quella prevista per l'arbitrato domestico. Peraltro, la previsione di una serie di criteri alternativi, similmente a quanto previsto dalla Legge Modello UNCITRAL e diversamente da quanto previsto dal legislatore francese, comportava l'adozione di una nozione estensiva di arbitrato internazionale²⁸.

1.4. *Individuazione della nozione di «arbitrato commerciale internazionale»*

Alla luce di questa breve rassegna, per gli scopi della nostra trattazione riteniamo preferibile accogliere una definizione ampia dell'aggettivo «internazionale», tale da ricomprendere tutti i procedimenti arbitrali che presentino elementi di transnazionalità, tanto sul piano oggettivo quanto su quello soggettivo, con riferimento alla relazione commerciale da cui scaturisce la controversia.

Per quanto una simile definizione possa apparire generica, la previsione di elementi più specifici nei testi di legge sopra considerati è, nei fatti, frutto di una scelta discrezionale operata sul piano del diritto positivo nazionale o internazionale; scelta, a sua volta, funzionale alla definizione e

ne della disciplina prevista dagli artt. 832 ss. c.p.c., infatti, si è voluto unificare il trattamento dell'arbitrato internazionale e dell'arbitrato nazionale, allentando – almeno negli intenti – le maglie della regolamentazione di quest'ultimo. Cfr. M.A. LUPOI, *Quel che resta dell'arbitrato con elementi di estraneità*, cit., p. 1350 ss.

²⁸ A. BRIGUGLIO, *Chi ha paura dell'arbitrato internazionale?*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 721 ss.

delimitazione del campo di applicazione delle rispettive normative in materia di arbitrato commerciale internazionale²⁹.

Di contro, la definizione proposta, per quanto ampia, non include alcun riferimento alla procedura adottata dagli arbitri. In linea con le considerazioni sopra richiamate, ci sembra, infatti, evidente, che l'adozione di una procedura c.d. «internazionale» sia la conseguenza e non già il presupposto della qualificazione di una controversia come «internazionale»³⁰.

2. *Un ordinamento giuridico arbitrale?*

Una volta chiarito cosa intendiamo quanto ci riferiamo alla nozione di «arbitrato commerciale internazionale», occorre interrogarsi circa l'esistenza o meno di un c.d. «ordinamento giuridico arbitrale».

2.1. *Rilevanza delle diverse rappresentazioni del fenomeno arbitrale per uno studio in tema di res judicata*

Sebbene le considerazioni in merito alla natura e alle rappresentazioni dell'arbitrato possano apparire a una prima impressione di rilievo meramente teorico, ammettere – come suggerisce certa parte della dottrina – l'esistenza di un ordinamento arbitrale «nazionale», indipendente e distinto da qualsivoglia ordinamento statale, potrebbe avere implicazioni pratiche di notevole rilevanza³¹. Come giustamente evidenziato, infatti, la soluzione delle questioni «tecniche» più complesse spesso dipende da

²⁹ In questo senso J.F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zurich, 2002, p. 37.

³⁰ P. FOUCARD, *Quand un arbitrage est-il international?*, cit., p. 71 ss.; A. FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, cit., pp. 19-22.

³¹ Si veda in particolare quanto sostenuto da E. GAILLARD, *Aspect philosophiques du droit de l'arbitrage international*, in *Recueil des Cours*, 329, 2007, pp. 49-216, pubblicato in inglese con il titolo: E. GAILLARD, *Legal Theory of International Arbitration*, Leiden, 2014, e da J.D.M. LEW, *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration*, in *Arbitration International*, 2006, pp. 179-203.

come si concepisce o, meglio, ci si rappresenta il fenomeno arbitrale nel suo complesso³².

Segnatamente, per quanto qui interessa, le considerazioni circa la configurabilità di un ordine giuridico autonomo potrebbero incidere sul processo di individuazione delle norme e dei principi applicabili agli effetti di giudicato delle decisioni che vengono in rilievo nel corso del procedimento arbitrale, siano essi lodi arbitrali o sentenze statali.

Per quanto riguarda gli effetti di giudicato dei lodi arbitrali, come abbiamo visto, ogni ordinamento giuridico opera delle scelte di *policy* e definisce un diverso punto di equilibrio tra gli interessi contrastanti che vengono in rilievo in materia di cosa giudicata. Laddove si volesse affermare una piena indipendenza dell'arbitrato internazionale rispetto agli ordinamenti giuridici nazionali, le regole in tema di effetti di giudicato dei lodi dovrebbero ricercarsi esclusivamente all'interno dell'ordinamento giuridico arbitrale. Al contrario, laddove l'arbitrato internazionale fosse concepito come mera articolazione del sistema giurisdizionale di un dato ordinamento statale, la *sanction légale* del lodo non potrebbe che ancorarsi all'ordinamento in questione e, di conseguenza, gli effetti della decisione resa dal collegio arbitrale sarebbero, nei fatti, assimilabili a quelli delle sentenze di detto Stato. Di conseguenza, la loro rilevanza nell'ambito di un altro procedimento arbitrale avente sede in un diverso Stato dovrebbe essere valutata in base alle norme di diritto processuale civile internazionale di quest'ultimo ordinamento, analogamente a come verrebbero valutati gli effetti di una sentenza straniera.

Per quanto, invece, concerne le sentenze rese dai giudici statali la determinazione dei loro effetti al di fuori dei rispettivi ordinamenti d'origine – come si è visto – è regolata dai sistemi di diritto processuale civile internazionale (di fonte nazionale o sovranazionale) in vigore nello Stato in cui s'intende far valere la sentenza. A seconda dei principi cui si informano tali sistemi, i limiti del giudicato della decisione straniera potrebbero essere regolati, in alternativa, dalle norme previste nell'ordinamento da cui essa promana, dalle norme sancite dall'ordinamento in cui la sentenza è riconosciuta, o, infine, da entrambe le normative, secondo la teo-

³² E. GAILLARD, *The Representations of International Arbitration*, in *J. Intl. Dispute Settlement*, 2010, pp. 271-281, spec. p. 272.

ria della doppia confinazione³³. Qualora nel corso di un procedimento arbitrale siano fatti valere gli effetti di giudicato di una decisione resa dal giudice statale, la qualificazione della stessa come «sentenza straniera» – e, di conseguenza, l'individuazione della legge applicabile per la determinazione dei suoi effetti di giudicato – dipendono in buona parte dalla risposta che si dà al quesito circa l'esistenza di un ordine giuridico arbitrale. In caso di risposta affermativa, infatti, ogni sentenza statale dovrebbe considerarsi «estranea» all'ordinamento entro cui opera il tribunale arbitrale e, di conseguenza, quest'ultimo si dovrebbe sempre porre il problema di individuare la legge applicabile agli effetti del giudicato. In caso di risposta negativa, invece, soltanto in presenza di una sentenza «straniera» rispetto all'ordinamento statale di riferimento si avrebbe un conflitto di leggi applicabili in punto di effetti del giudicato; in questo secondo caso, peraltro, occorrerebbe chiedersi se il tribunale arbitrale sia tenuto ad applicare le norme di diritto processuale civile internazionale previste dall'ordinamento giuridico da cui «dipende» il procedimento arbitrale.

Appare allora chiaro come la considerazione di tali problematiche costituisca una premessa irrinunciabile per affrontare il tema dei limiti del giudicato nell'arbitrato commerciale internazionale.

2.2. *Le diverse rappresentazioni del fenomeno arbitrale*

La possibilità di considerare l'arbitrato commerciale internazionale alla stregua di un ordinamento giuridico autonomo ha suscitato un grande dibattito nella dottrina degli ultimi decenni³⁴. Se il quadro che emerge da un

³³ Cfr. *supra*, capitolo IV.

³⁴ C. N. FRAGISTAS, *Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé*, cit., pp. 1-20; F.A. MANN, *Lex Facit Arbitrum*, cit.; R. LUZZATTO, *International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States*, in *Recueil des Cours*, 157, 1977, p. 9 ss.; J. PAULSSON, *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin*, in *ICQL*, 30, 1981, p. 358 ss.; M. FERRANTE, *About the Nature (National or A-national, Contractual or Jurisdictional) of ICC Awards under the New York Convention*, in J.C. SCHULTSZ, A.J. VAN DEN BERG (a cura di), *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration – Liber Amicorum Pieter Sanders*, cit., p. 129 ss.; J. JAKUBOWSKI, *Reflections on the Philosophy of International Commercial Arbitration and Conciliation*, in J.C.

esame della letteratura giuridica sul punto è alquanto frammentato – giacché molto spesso anche le tesi all'apparenza più simili si differenziano poi in

SCHULTSZ, A.J. VAN DEN BERG (a cura di), *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration* – Liber Amicorum Pieter Sanders, cit., p. 175 ss.; H. STROHBACH, *Towards an International Arbitral Award*, cit., 1982, p. 305 ss.; W.W. PARK, *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration*, in *ICQL*, 32, 1983, p. 21 ss.; J. PAULSSON, *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters*, in *ICQL*, 32, 1983, p. 53 ss.; H.P. DE VRIES, *International Commercial Arbitration: a Contractual Substitute for National Courts*, in *Tulane Law Rev.*, 57, 1983, p. 42 ss.; L. FUMAGALLI, *La legge applicabile al merito della controversia nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1985, p. 465 ss.; E. LOQUIN, *L'application de règles anationales dans l'arbitrage commercial international*, in *L'apport de la jurisprudence arbitrale* – ICC Publication No. 440/1, 1986, p. 67 ss.; J. PAULSSON, *The Extent of Independence of International Arbitration from the Law of the Situs*, in J.D.M. LEW (a cura di), *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1986, Dordrecht, p. 141 ss.; H. SMIT, *A-National Arbitration*, cit.; D. COHEN, *Arbitrage et société*, Paris, 1993; P. MAYER, *The Trend Towards Delocalisation in the Last 100 Years*, in M. HUNTER, A. MARRIOTT, V.V. VEEDER (a cura di), *The Internationalisation of International Arbitration*, London, 1995, p. 37 ss.; P. LALIVE, *The Internationalisation of International Arbitration: Some Observation*, in M. HUNTER, A. MARRIOTT, V.V. VEEDER (a cura di), *The Internationalisation of International Arbitration*, cit., p. 49 ss.; W.L. CRAIG, *Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration*, in *Texas Intl. Law Rev.*, 30, 1995, p. 1 ss.; P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, cit.; A. BRIGUGLIO, *Mito e realtà nella denazionalizzazione dell'arbitrato privato*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 453 ss.; A. BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero*, Padova, 1998; P. SANDERS, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice: a Comparative Study*, The Hague, 1999; P.J. MCCONNAUGHAY, *The Risks and Virtues of Lawlessness: a 'Second Look' at International Commercial Arbitration*, in *Northwestern Un. Law Rev.*, 93, 1999, p. 453 ss.; R. GOODE, *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration*, in *Arb. Intl.*, 17, 2001, p. 19 ss.; E. GAILLARD, *Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making*, in *Arb. Intl.*, 17, 2001, p. 59 ss.; A. KASSIS, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international*, Paris, 2005; J.B. RACINE, *Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international (II. – L'arbitrage, Deuxième Séance)*, in *Rev. arb.*, 2005, p. 305 ss.; P. MAYER, *Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international? (II. – L'arbitrage, Deuxième Séance)*, cit.; J.D.M. LEW, *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration*, cit.; E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, cit.; S. BESSON, *L'Importance du Siège de L'Arbitrage*, in *Rev. Bras. Arb.*, 2007, p. 107 ss.; P. LALIVE, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, in *ASA Bulletin*, 2008, p. 700 ss.; E. GAILLARD, *L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité*, in *McGill Law Jour.*, 55, 2010, p. 896 ss.; E. GAILLARD, *The Representations of International Arbitration*, cit.;

elementi di dettaglio – e pur essendo coscienti delle limitazioni che ogni categorizzazione inevitabilmente comporta, per i limitati scopi del nostro lavoro ci pare utile sussumere le diverse rappresentazioni del fenomeno arbitrale in tre distinte linee di pensiero.

Secondo un primo orientamento, che è generalmente definito «territorialista», il procedimento e il lodo arbitrale ripetono la loro legittimità, se non addirittura la loro stessa esistenza giuridica, da un determinato ordinamento statale, che di regola si identifica con quello dello Stato in cui si trova la «sede» dell'arbitrato.

A mente di un secondo orientamento, definito «pluralista», l'arbitrato non è necessariamente riconducibile a un unico ordinamento giuridico, ma la sua efficacia – e quindi la sua valenza giuridica – può essere riconosciuta da una pluralità di ordinamenti, in particolare in fase di esecuzione del lodo arbitrale, anche indipendentemente dall'efficacia attribuita dallo Stato in cui ha avuto sede il procedimento.

Infine, secondo un terzo modello, definibile come «autonomista», l'arbitrato commerciale internazionale costituisce un ordinamento giuridico autonomo, separato e indipendente dagli ordinamenti statali, sic-

L. RADICATI DI BROZOLO, *The Impact of National Law and Courts on International Commercial Arbitration Mythology, Physiology, Pathology, Remedies and Trends*, in *Cahiers Arb.*, 2011, p. 663 ss.; E. GAILLARD, *The Emerging System of International Arbitration: Defining «System»*, in *ASIL Proceedings*, 2012, p. 287 ss.; J. PAULSSON, *The Idea of Arbitration*, Oxford, 2013; P. MAYER, *La liberté de l'arbitre*, in *Rev. arb.*, 2013, p. 339 ss.; J. JEMIELNIAK, *Transnationalization of Domestic Law in International Commercial Arbitration through Comparative Analysis: Challenge for Legal Profession*, in *Cont. Asia Arb. Jour.*, 2014, p. 309 ss.; J.P. ANCEL, *Arbitrage et internationalité. Quelques réflexions et propositions*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Paris, 2015, p. 17 ss.; J.M. JACQUET, *Les libertés de l'arbitre international*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, cit., p. 311 ss.; R. MACEDO MOREIRA, *The Détachement of International Arbitration: Reflections on the Existence of an Arbitral Order Détaché*, in *Rev. Bras. Arb.*, 2016, p. 68 ss.; S. KRÖLL, *The Concept of Seat in the New York Convention and the Autonomy of Arbitral Award*, in S. BREKOULAKIS, J.D.M. LEW (a cura di), *The Evolution and Future of International Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 79 ss.; C. MCLACHLAN, *Are National Courts and International Arbitral Tribunals in Two Worlds or One?*, in *J. Intl. Dispute Settlement*, 2016, p. 577 ss.; P. MEINER, *I rapporti tra arbitrato commerciale internazionale e ordinamenti giuridici statali*, in *Giur. arb.*, 2018; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato come sistema transnazionale di soluzione delle controversie: caratteristiche e rapporto con il diritto interno*, in *Riv. arb.*, 2020, p. 1 ss.

ché ogni singolo procedimento, lungi dall'appartenere all'ordinamento giuridico della sede dell'arbitrato o di qualsivoglia altro Stato, ripete la propria legittimità ed efficacia unicamente dall'ordinamento giuridico arbitrale.

Senza voler anticipare considerazioni che potremo svolgere con maggior dettaglio solo a valle di un'analisi più compiuta delle diverse teorie che vengono in rilievo, ci sembra che tutte le linee di pensiero considerate, ponendosi in prospettive differenti, colgano aspetti utili a comprendere il fenomeno dell'arbitrato internazionale.

2.2.1. *La tesi «territorialista»*

Ciò che accomuna il pensiero degli autori che aderiscono al modello c.d. «territorialista» è il convincimento che il fondamento legale del procedimento arbitrale e la forza giuridicamente vincolante del lodo debbano essere sempre ricondotti a un determinato ordinamento statale e, segnatamente, all'ordinamento giuridico dello Stato in cui è situata la sede dell'arbitrato.

La prima formulazione sistematica della tesi in esame è generalmente attribuita a un articolo pubblicato nel 1967 dal giurista inglese Francis Mann³⁵. Numerosi passaggi di tale contributo, in effetti, rivelano una concezione profondamente imperniata sulla dipendenza dell'arbitrato dall'ordinamento giuridico dello Stato in cui ha sede il procedimento³⁶.

Anzitutto, secondo Mann, la locuzione stessa «arbitrato internazionale» sarebbe fuorviante, poiché, in senso giuridico, non esisterebbe alcun arbitrato (commerciale) propriamente «internazionale». Così come, a dispetto della locuzione notoriamente fuorviante, ogni sistema di diritto internazionale privato è in realtà un sistema di diritto nazionale, allo stes-

³⁵ F.A. MANN, *Lex Facit Arbitrum*, cit.

³⁶ In realtà, negli intenti dell'autore, l'oggetto del suo studio era limitato all'identificazione delle norme di conflitto applicabili nel procedimento arbitrale. Il fine esplicito di Mann, infatti, era quello di confutare la teoria «internazionalista» sostenuta da Goldman in un corso tenuto all'Aia qualche anno prima. Cfr. B. GOLDMAN, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, cit. Come riconosciuto da attenta dottrina, non era certo intenzione di Mann sviluppare una teoria in merito ai fondamenti giuridici dell'arbitrato. Cfr. J. PAULSSON, *The Idea of Arbitration*, cit.

so modo ogni arbitrato è un arbitrato «nazionale», cioè dipendente da un ordinamento giuridico nazionale³⁷.

In secondo luogo, la volontà delle parti che, nella rappresentazione proposta da Goldman era intesa come fondamento dell'autorità del tribunale arbitrale, viene fortemente ridimensionata: «No one has ever or anywhere been able to point to any provision or legal principle which would permit individuals to act outside the confines of a system of municipal law; even the idea of the autonomy of the parties exists only by virtue of a given system of municipal law and in different systems may have different characteristics and effects»³⁸.

Coerentemente con la dottrina positivista all'epoca decisamente maggioritaria, Mann evidenzia, poi, come ogni diritto o potere che una parte intenda esercitare in arbitrato derivi in realtà dalla *lex arbitri*, che, secondo l'autore, non può che identificarsi con la legge dello Stato in cui ha sede il procedimento.

Quanto ai poteri del tribunale arbitrale, invece, Mann sostiene che: «Arbitrators are inevitably subject to the legislative jurisdiction of the country in which the tribunal functions [...] There is a pronounced similarity between the national judge and the arbitrator in that both of them are subject to the local sovereign. If, in contrast to the national judge, the arbitrator is in many respects, but by no means with uniformity, allowed and even ordered by municipal legislators to accept the commands of the parties, this is because, and to the extent that, the local sovereign so provides»³⁹.

La tesi territorialista, se identificata con le posizioni espresse dall'autore inglese, può apparire oltremodo rigida e anacronistica⁴⁰. Come autorevolmente evidenziato, una simile impostazione sarebbe «frutto [...] di inerzia e spirito di conservazione e di una persistente e ingiustificata tendenza ad assimilare l'arbitrato alla giurisdizione statale»⁴¹.

A ben vedere, tuttavia, non è corretto valutare gli scritti di Mann con

³⁷ F.A. MANN, *Lex Facit Arbitrum*, cit., p. 159.

³⁸ *Ivi*, p. 160.

³⁹ *Ivi*, p. 161.

⁴⁰ J. PAULSSON, *The Idea of Arbitration*, cit., p. 45.

⁴¹ L.G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato come sistema transnazionale*, cit., p. 6.

gli occhi critici dei nostri giorni, trascurandone la loro collocazione storica. Allo stesso modo, pare errato ridurre la teoria territorialista alle idee espresse ormai più di cinquant'anni orsono in un contesto sociale e giuridico affatto differente. Negli ultimi decenni, infatti, diversi autori – con argomentazioni diverse e più articolate – hanno sostenuto la tesi che lega il procedimento arbitrale all'ordinamento giuridico dello Stato in cui è posta la sede⁴².

Dieci anni dopo la pubblicazione dell'articolo di Mann, in occasione di un corso tenuto all'Accademia di diritto internazionale dell'Aia, Luzzatto contesta apertamente le tesi secondo cui l'arbitrato commerciale internazionale dovrebbe concepirsi alla stregua di un sistema giuridico autonomo e indipendente dagli ordinamenti statali.

La posizione dell'autore è particolarmente interessante, giacché traccia una chiara distinzione tra la rilevanza dell'arbitrato sul piano sociale, quale procedimento tipico per la risoluzione delle controversie del commercio internazionale, e la sua rilevanza, invece, sul piano del diritto positivo. Se è, infatti, innegabile che l'arbitrato si caratterizza quale fenomeno sociale indipendente dai mezzi di risoluzione delle controversie regolamentati a livello nazionale, la sua rilevanza sul piano giuridico non può che essere desunta dalla disciplina adottata dagli Stati che, per l'appunto, riconoscono tale fenomeno.

In particolare, secondo l'autore, in termini prettamente giuridici, le pa-

⁴²Tra gli altri, R. LUZZATTO, *International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States*, cit.; W.W. PARK, *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration*, cit., p. 24 ss., in particolare: «The paradox of a legal obligation independent of a legal order suggests Athena springing full-blown from the head of Zeus: a binding commitment, free from any municipal law, just appears»; J. JAKUBOWSKI, *Reflections on the Philosophy of International Commercial Arbitration and Conciliation*, cit.; H.P. DE VRIES, *International Commercial Arbitration: a Contractual Substitute for National Courts*, cit., pp. 71-72; W.L. CRAIG, *Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration*, cit.; A. BRIGUGLIO, *Mito e realtà nella denazionalizzazione dell'arbitrato privato*, cit.; P. SANDERS, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice: a Comparative Study*, cit.; R. GOODE, *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration*, cit.; J.F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 91 ss.; A. REDFERN, M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, cit., pp. 89-93; S. BESSON, *L'Importance du Siège de L'Arbitrage*, cit.

role «arbitrato commerciale internazionale» non possono indicare un istituto disciplinato da regole appartenenti a un ordinamento giuridico diverso da quello di uno Stato. Secondo Luzzatto, infatti: «What international commercial arbitration purports to be as a social institution can be grasped with reference to the characters it shows in social facts. But what it can actually represent as a matter of positive law can be ascertained only through a detailed examination of the relevant rules as applied within the legal systems of States»⁴³.

L'autore prende le distanze, quindi, dalle tesi di Mann, poiché non nega la rilevanza dell'arbitrato sul piano sociale, quale mezzo di risoluzione delle controversie del commercio internazionale, che si concepisce autonomo e indipendente rispetto agli ordinamenti processuali nazionali. Tuttavia, anche secondo Luzzatto gli effetti giuridici di un siffatto fenomeno sociale derivano dal diritto positivo degli Stati, indipendentemente dal fatto che la disciplina nazionale sia il prodotto di una libera scelta dei legislatori nazionali, ovvero che derivi da obblighi assunti a livello internazionale, come nel caso della Convenzione di New York del 1958 e della Convenzione di Ginevra del 1961⁴⁴.

⁴³ R. LUZZATTO, *International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States*, cit., p. 24.

⁴⁴ In un altro passaggio del suo contributo Luzzatto specifica come: «The features of international commercial arbitration, as a widely accepted instrument designed to solve disputes within the world business community, can explain the reason why the terms “international” and “commercial” are used, but they do not allow suggesting a definition of those terms that may be valid on the different level of existing law». Gli argomenti portati a sostegno della tesi in esame sono molteplici. In primo luogo, l'autore considera la rilevanza giuridica del compromesso arbitrale, generalmente ritenuto il fondamento legale del potere aggiudicatorio del tribunale arbitrale. Uno degli effetti impliciti di tale accordo dovrebbe essere l'esclusione del potere giurisdizionale dei giudici nazionali. Servirebbe, infatti, a ben poco concludere un simile accordo se, una volta sorta la lite, le parti fossero libere di rivolgersi a un giudice nazionale e se questi ritenesse di avere il potere/dovere di conoscere della controversia. Tuttavia, per quanto concerne una simile conseguenza, gli ordinamenti nazionali hanno adottato soluzioni diversificate. La scelta se riconoscere o meno il valore giuridico vincolante degli accordi compromissori rimane nella disponibilità degli Stati e, tuttalpiù, può divenire oggetto di obbligazione sul piano del diritto internazionale, così come è avvenuto con la Convenzione di New York del 1958. Cfr. *ivi*, p. 32 ss. In secondo luogo, Luzzatto prende in esame la proce-

Anche Jakubowski sostiene che l'arbitrato deve necessariamente ricollegarsi a un ordinamento statale. In linea teorica, infatti, gli arbitri potrebbero agire al di fuori dei limiti previsti da un ordinamento statale, ma in questo caso l'esecuzione del lodo arbitrale dipenderebbe esclusivamente dalla buona volontà della parte soccombente. È, quindi, opportuno considerare il collegamento che esiste tra il procedimento e la legge dello Stato in cui ha sede l'arbitrato. Tuttavia, secondo l'autore, i limiti imposti dalla generalità degli ordinamenti nazionali sono talmente ampi e flessibili da consentire alle parti notevoli spazi di autonomia⁴⁵.

Secondo Sanders, invece, un procedimento completamente denazionalizzato e svincolato da un qualsivoglia ordinamento statale non sarebbe nemmeno qualificabile come «arbitrato». L'autore sostiene, infatti, che l'arbitrato può esistere solo laddove questo sia riconosciuto e disciplinato da una legge statale⁴⁶.

Redfern e Hunter, peraltro, evidenziano come la teoria territorialista

dura arbitrale. Come noto, è abbastanza comune che la procedura adottata dal collegio arbitrale non ricalchi in tutto e per tutto il processo civile statale. Tuttavia, gli ordinamenti giuridici nazionali, pur riconoscendo un'ampia autonomia al tribunale arbitrale, spesso assoggettano taluni aspetti del processo alle norme procedurali del foro. Anche in questo caso, la delocalizzazione della procedura arbitrale è resa possibile unicamente dal margine di autonomia riconosciuto dalle leggi arbitrali statali. Peraltro, gli Stati possono aderire a convenzioni internazionali – quale ad esempio la Convenzione di Ginevra del 1961 – che li vincolino a riconoscere un certo (ampio) grado di autonomia al tribunale arbitrale nella conduzione del procedimento. Cfr. *ivi*, p. 49 ss. Un ultimo aspetto considerato da Luzzatto è il riconoscimento e l'esecuzione della decisione arbitrale. Per mezzo di tali istituti, infatti, l'ordinamento statale accoglie il risultato del procedimento arbitrale. In altre parole, rende vincolante sul piano giuridico il risultato del «fenomeno sociale» arbitrale. Con tutta evidenza, ogni ordinamento giuridico nazionale è assolutamente libero di stabilire le condizioni in cui tale riconoscimento può aver luogo, salvo che sia stata conclusa una convenzione internazionale in materia. È questo il caso della Convenzione di New York del 1958. Cfr. *ivi*, p. 66 ss.

⁴⁵ J. JAKUBOWSKI, *Reflections on the Philosophy of International Commercial Arbitration and Conciliation*, cit., p. 178 ss.

⁴⁶ P. SANDERS, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice: a Comparative Study*, cit., p. 248. In tale occasione, peraltro, l'autore riprende l'opinione da lui già sostenuta più diffusamente in occasione di un corso tenuto all'Accademia di diritto internazionale dell'Aia e pubblicato sotto il titolo P. SANDERS, *Trends in the Field of International Commercial Arbitration*, in *Recueil des Cours*, 147, 1975, p. 205 ss.

abbia il grande merito di fornire una base giuridica solida all'arbitrato, di guisa che – lungi dal fluttuare in un ipotetico etere arbitrale – il procedimento risulta saldamente ancorato a un ordinamento giuridico nazionale, che ne assicura il corretto svolgimento⁴⁷.

La tesi territorialista ha trovato sostegno anche nella dottrina svizzera. Besson fa notare come l'accordo compromissorio non abbia di per sé alcun valore giuridico intrinseco, per il solo fatto di esprimere la volontà delle parti. Al contrario, esso rileva solo nella misura in cui un ordinamento statale ne riconosca la validità e la legittimità giuridica⁴⁸. L'autore evidenzia, altresì, come la tesi territorialista sia nettamente dominante nel diritto positivo degli Stati. Peraltro, essa ha anche il merito di ripartire in modo chiaro e univoco la competenza in materia di annullamento del lodo, così evitando ogni possibile conflitto positivo o negativo di giurisdizione, in conformità con quanto previsto dalla Convenzione di New York del 1958⁴⁹. Secondo Besson, pertanto, il tribunale arbitrale dovrebbe tenere in giusta considerazione l'ordinamento giuridico dello Stato in cui l'arbitrato ha la sua sede, in quanto «le devoir d'un arbitre n'est pas de rendre une sentence à tout prix, mais de rendre une sentence valable»⁵⁰.

Benedettelli, dal canto suo, definisce come «pensiero debole» la rappresentazione dell'arbitrato quale sistema di risoluzione delle controversie regolato in via principale, se non esclusiva, dalla volontà delle parti e svincolato dalla disciplina prevista dagli ordinamenti nazionali. La stessa dottrina evidenzia i punti critici di una simile ricostruzione del fenomeno arbitrale. Se è vero che le parti, pur avendo deferito la soluzione della con-

⁴⁷ A. REDFERN, M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, cit., p. 92.

⁴⁸ S. BESSON, *L'Importance du Siège de L'Arbitrage*, cit., p. 110.

⁴⁹ *Ivi*, p. 113-114.

⁵⁰ *Ivi*, p. 115. Nello stesso senso, M.V. BENEDETTELLI, *Sull'arbitrato societario internazionale*, in *Riv. arb.*, 2017, p. 299 ss.: «La funzione degli arbitri, infatti non è quella di decidere *tout court*, ma di decidere giudicando, dunque: sulla base di sillogismi giuridici, e cioè applicando regole a fatti; attraverso un procedimento conforme ai criteri dell'«equo processo», e cioè in cui siano garantiti la terzietà dell'organo giudicante, il contraddittorio e l'eguaglianza delle parti; e con un provvedimento che «faccia stato» tra le parti, acquisendo la forza della cosa giudicata e potendo costituire titolo per l'esecuzione forzata in caso di mancato adempimento».

troversia a soggetti estranei all'organizzazione statale, vogliono pur sempre che la loro lite sia oggetto di «giudizio» – inteso come «sillogismo nel quale si applicano norme a fatti, ad esito di un procedimento in contraddittorio» – e che la decisione sia idonea a costituire titolo per un (eventuale) procedimento di esecuzione forzata, «per ragioni diremmo quasi ontologiche l'arbitrato commerciale internazionale non può allora esistere, e la sua disciplina non può essere correttamente individuata, prescindendo dalle valutazioni che di esso (e dell'atto di autonomia che ne costituisce il fondamento) danno gli ordinamenti degli Stati con i quali la convenzione arbitrale e il procedimento che ne consegue presentano elementi di contatto»⁵¹.

Sempre nell'ambito della dottrina italiana, Briguglio definisce come «chimera» la rappresentazione di un «lodo anazionale», svincolato da ogni legame con gli ordinamenti nazionali. Come evidenzia l'autore, infatti, se la sanzione legale del lodo non dovesse trovarsi in un ordinamento giuridico statale, essa allora non potrebbe che rinvenirsi nell'ordinamento internazionale. Secondo Briguglio, infatti, non esistono vie di mezzo: «La nozione di “transnazionalità” o è semplicemente empirico-descrittiva, valendo a conglobare fenomeni di interferenza fra plurimi ordinamenti statuali che non turbano minimamente il fermo inquadramento cennato nel testo; ovvero ed ove la si voglia riferire ad uno e più ordinamenti diversi sia da quelli statuali che da quello internazionale (ordinamenti transnazionali) resta illusoria fino a quando non si provi positivamente la vigenza di uno di siffatti ordinamenti, sui quali dovrebbe potersi fondare un arbitrato svincolato da qualsiasi sistema statale»⁵².

Se è vero che il compromesso arbitrale è il c.d. «fattore genetico» dell'arbitrato, non è possibile che l'ordinamento internazionale attribuisca un qualsivoglia valore giuridico alla volontà dei privati, ai quali, peraltro, non riconosce nemmeno una piena soggettività giuridica. Di qui la necessità di ricollegare l'origine della vincolatività dell'arbitrato a un ordi-

⁵¹ Cfr. M.V. BENEDETTELLI, «*Pensiero debole*» nell'arbitrato commerciale internazionale e comunitarizzazione del diritto dell'arbitrato, in *Dir. comm. int.*, 2012, p. 305 ss., spec. pp. 306-307.

⁵² A. BRIGUGLIO, *Mito e realtà nella denazionalizzazione dell'arbitrato privato*, cit., pp. 454-455, spec. nota 6.

namento giuridico statale, che è il solo in grado di riconoscere un'efficacia giuridicamente vincolante all'accordo delle parti⁵³.

Peraltro, sebbene secondo Briguglio la *sanction légale* del lodo debba necessariamente ricondursi a un ordinamento statale, ciò non esclude che gli arbitri possano applicare normative non nazionali e, soprattutto, non siano sempre tenuti ad applicare le norme di conflitto del foro. Questo perché «gli arbitri [...] non sono giudici statuali»⁵⁴. Quanto, poi, alla circostanza che spesso la procedura arbitrale sia definita dall'accordo delle parti (o dalla volontà degli arbitri), secondo l'autore questo dipende dalla «ormai notevole liberalità della gran parte dei legislatori nazionali»⁵⁵.

La posizione di Briguglio, particolarmente rilevante per la presente trattazione, è che: «Il nucleo essenziale e comune della “nazionalità” dell'arbitrato non sta nella disciplina del procedimento innanzi agli arbitri, bensì nella disciplina dell'accordo compromissorio, degli effetti originari del lodo (...) e più in generale dei rapporti fra giurisdizione statale e arbitrato»⁵⁶.

Particolarmente interessante – e sulla stessa linea delle opinioni appena descritte – è la posizione di Craig. L'autore rileva come l'intento di chi sostiene una c.d. «delocalizzazione» dell'arbitrato sia quello di evitare una rigida applicazione di norme nazionali al procedimento arbitrale, di modo che lo stesso non rappresenti una «replica» del processo di fronte al giudice statale⁵⁷. Tuttavia, Craig si domanda se la tendenza accolta nel diritto positivo degli ordinamenti statali consenta di concludere nel senso di un'effettiva denazionalizzazione dell'arbitrato o se, invece, non sia più

⁵³ *Ivi*, p. 476.

⁵⁴ A. BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero*, cit., p. 24. Tale concetto, peraltro, è stato espresso anche da Goldman. Secondo l'autore, infatti, l'arbitrato non comporta l'esercizio di una «giustizia pubblica» e pertanto l'arbitro non può essere assimilato ai giudici dello Stato in cui il procedimento è geograficamente localizzato. Cfr. B. GOLDMAN, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, cit.

⁵⁵ A. BRIGUGLIO, *Mito e realtà nella denazionalizzazione dell'arbitrato privato*, cit., p. 460.

⁵⁶ *Ivi*, pp. 460-461.

⁵⁷ W.L. CRAIG, *Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration*, cit., p. 18.

opportuno parlare di una c.d. *relaxation* degli ordinamenti nazionali nei confronti del fenomeno arbitrale. A mente di questa seconda prospettiva, gli Stati sarebbero disposti ad attenuare il controllo giurisdizionale e porre meno vincoli di natura procedurale, in ragione della tenuità del legame tra la controversia e il foro.

A fronte di un'analisi comparata delle leggi nazionali in materia di arbitrato, Craig rileva come non sia possibile parlare di «arbitrato denazionalizzato». Anche nel diritto positivo degli Stati che pur vedono con favore il fenomeno arbitrale prevale, infatti, un'impostazione territorialista.

Ciò detto, l'autore rileva come la catena di ancoraggio che lega l'arbitrato all'ordinamento dello Stato in cui è situata la sede del procedimento è talmente lunga e flessibile da permettere alle parti e agli arbitri di condurre il procedimento con grandissima libertà⁵⁸.

Nello spazio di autonomia lasciato dagli ordinamenti nazionali si è, di conseguenza, sviluppata una pratica largamente condivisa con riferimento alla conduzione del procedimento arbitrale. Questo, tuttavia, non esclude che: «There is no international commercial arbitration law – there are only national arbitration laws. It is only through developments in national laws that the approaches to international arbitration have begun to converge»⁵⁹.

A fronte di quanto fin qui considerato, appare utile riassumere sinteticamente le conclusioni più rilevanti della teoria territorialista:

a) L'arbitrato commerciale internazionale è un fenomeno sociale, la cui rilevanza sul piano giuridico è garantita dagli ordinamenti giuridici statali che riconoscono e disciplinano tale fenomeno.

b) Il procedimento arbitrale presenta uno stretto collegamento con l'ordinamento dello Stato della sede, che ne determina la nazionalità nonché la legge regolatrice.

c) L'ordinamento giuridico dello Stato in cui ha sede l'arbitrato attribuisce valore giuridicamente vincolante all'accordo compromissorio.

d) Il procedimento arbitrale è regolato dalla legge arbitrale dello Stato in cui ha sede l'arbitrato, con la precisazione che la gran parte dei legislato-

⁵⁸ *Ivi*, p. 28.

⁵⁹ *Ivi*, p. 58.

ri nazionali ha assunto un atteggiamento spiccatamente liberale nei confronti dell'arbitrato, riservando alle parti (e agli arbitri) un'ampia autonomia nella scelta delle norme applicabili al procedimento.

e) Nello spazio di autonomia garantito dagli ordinamenti giuridici statali si è sviluppata una pratica arbitrale, per il cui effetto il procedimento arbitrale si differenzia notevolmente dal procedimento dinanzi al giudice statale. Ciò, tuttavia, non permette di considerare la pratica arbitrale alla stregua di un ordinamento giuridico autonomo e indipendente dagli ordinamenti giuridici statali.

f) L'ordinamento giuridico dello Stato in cui ha sede l'arbitrato attribuisce valore giuridicamente vincolante (c.d. *sanction légale*) al lodo arbitrale.

In conclusione sul punto, secondo la prospettiva territorialista il tribunale arbitrale – nello spazio di autonomia garantito dalla legge arbitrale – potrà applicare le norme scelte dalle parti, oppure, in mancanza di indicazione, quelle che reputa più opportune. In ogni caso, dovrà applicare le norme non derogabili dello Stato in cui ha sede il procedimento arbitrale. In particolare, al fine di rendere un lodo valido e produttivo di effetti, il collegio dovrà avere cura di evitare eventuali profili di illegittimità che potrebbero portare all'annullamento del lodo nel paese di origine e che, di conseguenza, ne comprometterebbero irrimediabilmente la sua eseguibilità in (quasi) tutti gli altri Stati, rendendo la decisione come *inutiliter data*.

Come già evidenziato, il modello in esame trova largo accoglimento nel diritto positivo degli ordinamenti giuridici nazionali e appare sicuramente compatibile con il sistema delineato dalla Convenzione di New York del 1958. Allo stesso tempo, centralizzando il controllo sulla validità del lodo, esso limita notevolmente il rischio di conflitti positivi e negativi di giurisdizione con riguardo al contenzioso post-arbitrale.

2.2.2. La tesi «pluralista»

A mente della teoria che abbiamo definito «pluralista», la forza vincolante del lodo arbitrale non è garantita (necessariamente ed esclusivamente) dall'ordinamento giuridico dello Stato in cui ha sede l'arbitrato, ma da tutti gli ordinamenti giuridici nazionali che sono disposti a riconoscere e dare esecuzione alla decisione resa dal tribunale arbitrale.

In questo senso, pertanto, l'arbitrato è «delocalizzato», giacché la legittimazione giuridica dello stesso può derivare da una molteplicità di ordinamenti e non soltanto dalla legge dello Stato in cui ha sede il procedimento⁶⁰. Sull'assunto che l'arbitrato non possa esistere al di fuori di un sistema giuridico statale, si è affermato che tutti gli ordinamenti che in qualche modo entrino in contatto con il procedimento arbitrale – specialmente in sede di esecuzione – siano egualmente titolati a riconoscerne l'efficacia giuridica⁶¹. Secondo tale concezione, pertanto, la legittimazione del procedimento arbitrale è riconosciuta solo *ex post*, in sede di riconoscimento o esecuzione del lodo. Ogni Stato, infatti, è libero di determinare le condizioni e i requisiti affinché sia riconosciuta efficacia vincolante al risultato di un procedimento di natura privata, qual è, appunto, l'arbitrato.

La tesi in esame è stata sostenuta a più riprese da Paulsson⁶², prendendo spunto da una celebre pronuncia della Corte d'Appello di Parigi, che aveva rigettato l'impugnazione di un lodo, non ritenendo sufficiente a fondare la propria giurisdizione il fatto che il procedimento arbitrale aveva avuto sede a Parigi⁶³.

⁶⁰ Ovvero, come suggerisce Paulsson, «plurilocalizzato».

⁶¹ A.T. VON MEHREN, *Limitations on Party Choice of the Governing Law: Do They Exist for International Commercial Arbitration?*, The Mortimer and Raymond Sackler Institute of Advanced Studies, Tel Aviv University, 1986, pp. 19-20, citato in E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, cit., p. 85.

⁶² J. PAULSSON, *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin*, cit.; J. PAULSSON, *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters*, cit.; J. PAULSSON, *The Extent of Independence of International Arbitration from the Law of the Situs*, cit.; J. PAULSSON, *The Idea of Arbitration*, cit.

⁶³ *Cour d'Appel de Paris*, 21 febbraio 1980, *General National Maritime Transport Company v. Société Götaverken Arendal A.B.* In tale occasione, peraltro, il giudice francese aveva ritenuto come dalla Convenzione di New York del 1958 non si potesse ricavare alcun principio a favore dell'applicazione della legge dello Stato in cui ha sede l'arbitrato. Similmente, si è ritenuto che l'annullamento del lodo nel paese di origine non costituisca di per sé motivo ostativo al riconoscimento, cfr. *Cour de Cassation*, 9 ottobre 1984, *Palbak Ticaret Ltd. Sirketi v Norsolor S.A.*, in *Rev. arb.*, 1985, p. 431 ss.; *Cour de Cassation*, 23 marzo 1994, *Hilmarton Ltd. v Omnium de Traitement et de Valorisation*, in *Rev. arb.*, 1994, p. 329 ss. Nello stesso senso, nella giurisprudenza degli Stati Uniti, cfr. *Chromalloy Aeroservices v Arab Republic of Egypt*, District Court for the District of Columbia, 939 F. Supp. 907 (1996).

Un primo argomento a favore della teoria pluralista si ricava dalle considerazioni in merito alla natura dell'arbitrato commerciale internazionale, quale fenomeno di carattere privato che, vuoi per la tipologia delle relazioni commerciali sottese alla controversia, vuoi per la localizzazione delle parti, è naturalmente destinato a entrare in contatto con una pluralità di ordinamenti giuridici e non può, pertanto, essere ridotto a una dimensione prettamente nazionale.

Nel corso del procedimento arbitrale le parti e gli arbitri pongono in essere una serie di atti teleologicamente ordinati all'emanazione di un provvedimento decisorio che ponga fine alla controversia. Se è vero che gli atti realizzati dalle parti e dagli arbitri non possono avere una rilevanza giuridica diversa da quella che a essi è attribuita dalla legge, è altrettanto vero che i diversi ordinamenti giuridici che entrano in contatto con il procedimento (o il lodo) arbitrale sono liberi di regolare in modo diverso tale fenomeno e, pertanto, possono attribuire conseguenze giuridiche differenti ai medesimi fatti o atti posti in essere dai soggetti coinvolti nell'arbitrato⁶⁴.

Sempre sulla stessa linea argomentativa, l'autore osserva come la Convenzione di New York del 1958 obblighi gli Stati aderenti a riconoscere e dare esecuzione ai lodi stranieri anche in assenza di un *exequatur* da parte dello Stato di origine. Peraltro, nulla impedisce che un lodo, ancorché annullato nello Stato della sede dell'arbitrato, sia riconosciuto come valido in un diverso ordinamento. Secondo i sostenitori della tesi pluralista, infatti, i motivi di diniego del riconoscimento previsti all'art. V della Convenzione di New York del 1958, non hanno carattere imperativo. Segnatamente, l'art. V(1)(e) prevede che lo Stato richiesto *può* (e non *deve*) rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo che sia stato annullato o sospeso dall'autorità dello Stato di origine. Rimane quindi nella disponibilità dei legislatori nazionali prevedere quale motivo ostativo al riconoscimento e all'esecuzione del lodo l'annullamento dello stesso nel suo paese di origine⁶⁵.

⁶⁴ J. PAULSSON, *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin*, cit., p. 363.

⁶⁵ J. PAULSSON, *The Extent of Independence of International Arbitration from the Law of the Situs*, cit., p. 142, in particolare: «One notes that the Convention does not say

Un secondo argomento portato a sostegno della tesi pluralista fa leva sulle ragioni che normalmente accompagnano la scelta della sede dell'arbitrato. I fautori della tesi pluralista sostengono che, molto spesso, la scelta dello Stato in cui porre la sede dell'arbitrato è «fortuita» o, nel migliore dei casi, espressione della volontà delle parti di individuare un ordinamento considerato «neutrale», così da non avvantaggiare indebitamente una delle parti. Di frequente, pertanto, la controversia non presenta alcun collegamento con l'ordinamento in cui ha sede il procedimento⁶⁶.

Cionondimeno, per ipotesi, la legge arbitrale dello Stato selezionato dalle parti quale sede del procedimento potrebbe contenere regole particolarissime e sconosciute al momento della scelta, il cui mancato rispetto potrebbe portare all'annullamento del lodo arbitrale. Secondo la dottrina in esame, una simile conseguenza frustrerebbe la volontà delle parti, che avevano selezionato quel dato ordinamento in ragione di una sua (presunta) maggiore neutralità e non certo per le peculiarità della sua legge arbitrale. I fautori della tesi pluralista sostengono, pertanto, che in simili casi il giudice dello Stato in cui è richiesta l'esecuzione del lodo possa non tener conto dell'annullamento della decisione arbitrale nel paese di origine, ma valuti, invece, la regolarità della procedura alla luce dei criteri previsti dal proprio ordinamento⁶⁷.

that the award must [but may] be refused enforcement under such circumstances». *Contra* P. SANDERS, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice: a Comparative Study*, cit., p. 77, secondo cui durante i lavori della Conferenza il termine «may» non fu mai discusso.

⁶⁶ J. PAULSSON, *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters*, cit., p. 58. Peraltro, tale affermazione è oggetto di specifica contestazione da parte di Goode, secondo cui la scelta delle parti non può considerarsi certamente sempre e comunque «fortuita». Se, infatti, le parti scelgono un dato ordinamento quale sede del procedimento in ragione di una sua presunta maggiore neutralità, ciò comporta che queste (o, più realisticamente, i legali che le hanno assistite nella fase di negoziazione del contratto) abbiano valutato le caratteristiche di detto ordinamento e abbiano, di conseguenza, ritenuto opportuno assoggettare la procedura alla legge arbitrale da questo prevista. Cfr. R. GOODE, *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration*, cit., p. 32.

⁶⁷ J. PAULSSON, *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters*, cit., pp. 58-60. Tale conclusione, come già ricordato *supra*, è stata accolta dalla giurisprudenza francese e ha suscitato un ampio dibattito in dottrina. Cfr. P.

Pur non adducendo alcuna obiezione teorica alla rappresentazione in esame, Mayer osserva acutamente come «delocalizzare» l'arbitrato significhi in realtà «multilocalizzarlo»; il vuoto giuridico lasciato dalla legge arbitrale dell'ordinamento in cui ha sede l'arbitrato dovrà essere, infatti, colmato dalle diverse leggi arbitrali degli Stati in cui è chiesta l'esecuzione del lodo. Di conseguenza, alla parte soccombente che lamenti gravi irregolarità nel procedimento e che, pertanto, si opponga all'esecuzione della decisione arbitrale, non sarà sufficiente ottenere l'annullamento del lodo nello Stato di origine, ma dovrà, altresì, presentare opposizione in tutti gli Stati in cui la controparte tenterà di portare in esecuzione la decisione annullata. Ciò, con tutta evidenza, oltre a produrre un considerevole aggravio delle spese legali, alimenta il rischio di contrasto di giudicati e pone seri dubbi circa la bontà della soluzione proposta dai fautori della teoria pluralista⁶⁸.

Più di recente, peraltro, Paulsson ha rivisto e approfondito la tesi in merito alla delocalizzazione dell'arbitrato, avvicinandosi a posizioni che appaiono più prossime alla c.d. teoria «autonomista»⁶⁹, di cui tratteremo nelle pagine che seguono.

FOUCHARD, *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine*, in *Rev. arb.*, 1997, p. 329 ss.

⁶⁸ P. MAYER, *The Trend Towards Delocalisation in the Last 100 Years*, cit., p. 46. Peraltro, anche Paulsson ha considerato il rischio di contrasto di giudicati, derivante dalla «multilocalizzazione» dell'arbitrato. Secondo l'autore, se, *de lege ferenda*, si dovesse arrivare a considerare il giudice dello Stato in cui ha avuto sede il procedimento arbitrale quale autorità esclusivamente competente a conoscere delle controversie in merito alla validità del lodo, sarebbe allora opportuno che tale autorità verifichi la compatibilità del procedimento con standard minimi internazionali e non, invece, con le norme peculiari accolte dalla legge arbitrale del foro. J. PAULSSON, *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin*, cit., p. 384.

⁶⁹ J. PAULSSON, *The Idea of Arbitration*, cit. In tale opera, peraltro, Paulsson non manca di criticare le tesi proposte dalla dottrina francese, definendole «dreamy» e «self-contradictory». Nella ricostruzione proposta da Paulsson, infatti, l'arbitrato commerciale internazionale costituisce sì un ordinamento giuridico, ma secondo l'accezione che, nell'idea dell'Autore, tale nozione assume nel pensiero di Santi Romano e, cioè, in quanto fenomeno sociale, regolato da norme giuridiche proprie, che di fatto sopperisce alle mancanze dei sistemi nazionali e si sviluppa nello spazio di autonomia e tolleranza accordato dagli ordinamenti statali. Senza voler entrare in discussione con la più autorevole dot-

Alla luce di quanto considerato, possiamo così sintetizzare le conclusioni della tesi pluralista:

a) L'arbitrato commerciale internazionale è un fenomeno sociale, la cui rilevanza sul piano giuridico è garantita dagli ordinamenti statali che riconoscono e disciplinano tale fenomeno.

b) Il fondamento giuridico dell'arbitrato può individuarsi (*ex post*) nell'ordinamento di ogni Stato che entra in contatto con il procedimento arbitrale e, pertanto, l'ordinamento giuridico dello Stato in cui ha sede l'arbitrato è solo uno dei diversi ordinamenti che possono attribuire rilevanza giuridica al procedimento arbitrale.

c) Il procedimento arbitrale è sostanzialmente regolato dalle norme individuate dalle parti o dagli arbitri.

d) L'ordinamento giuridico dello Stato in cui è richiesto il riconoscimento o l'esecuzione del lodo attribuisce valore giuridicamente vincolante (c.d. *sanction légale*) allo stesso. Pertanto, l'eventuale annullamento del lodo nello Stato di origine non impedisce che questo sia riconosciuto ed eseguito in un altro Stato.

trina, non si può mancare di notare come una simile caratterizzazione della nozione di «ordinamento giuridico» sia frutto di una eccessiva banalizzazione, se non di un completo travisamento, del pensiero del giurista italiano, giacché, se da un lato valorizza il fondamento «pluralista» della teoria romaniana (omettendo peraltro di considerare le diverse tipologie di rapporti esistenti tra gli ordinamenti), oblitera quasi del tutto la sua dimensione «istituzionalista» cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2^a ed., Firenze, 1946. Per un attento esame dei due «pilastri» della teoria romaniana e del rapporto tra ordinamenti nel pensiero di Santi Romano, cfr. F. SALERNO, *L'influenza di Santi Romano sulla dottrina e la prassi italiana di diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 2018, p. 357 ss. A ogni buon conto, diversamente da quanto sostenuto dai fautori della tesi autonomista, come si vedrà, Paulsson non esclude che l'ordinamento arbitrale possa richiedere il supporto degli ordinamenti nazionali. Tuttavia, più spesso il contenzioso arbitrale si svolge in piena autonomia, senza che si renda necessario l'intervento del giudice statale. Nel momento, poi, in cui è chiesto il riconoscimento e l'esecuzione del lodo in un ordinamento statale, questo potrà avvenire esclusivamente in forza di una norma nazionale e cioè secondo i criteri e le condizioni individuati dal legislatore dell'ordinamento richiesto. In assenza di una norma statale, infatti, l'ordinamento arbitrale non potrebbe produrre effetti nell'ordinamento giuridico statale considerato. Per tale ragione, Paulsson qualifica questa sua rappresentazione dell'arbitrato come pluralista in senso «verticale».

Secondo la prospettiva pluralista, pertanto, il tribunale arbitrale non è necessariamente tenuto ad applicare le regole della legge arbitrale dello Stato in cui ha sede l'arbitrato. Il collegio, infatti, potrà applicare le norme individuate dalle parti, ovvero, in assenza di scelta, quelle che ritiene più appropriate, sempreché tale circostanza non pregiudichi l'esecuzione del lodo negli Stati che, in qualche modo, entrano in contatto con l'arbitrato. Infatti, diversamente dalla rappresentazione territorialista – secondo cui il compito del tribunale arbitrale si sostanzia nel dovere di emettere un lodo valido in base ai parametri dello Stato in cui ha sede l'arbitrato – nella prospettiva pluralista il compito del tribunale arbitrale è quello di rendere una decisione non censurabile in (almeno) uno degli Stati in cui le parti potrebbero portare in esecuzione il lodo.

In questa prospettiva, tuttavia, non si può trascurare come la grandissima maggioranza degli ordinamenti nazionali generalmente rifiuti il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi annullati nei rispettivi Paesi di origine. Di conseguenza, nella realtà dei fatti, il collegio arbitrale dovrà comunque aver cura di evitare i possibili profili di illegittimità che potrebbero portare all'annullamento del lodo.

2.2.3. *La tesi «autonomista»*

A mente della teoria «autonomista», l'arbitrato commerciale internazionale costituisce un ordinamento giuridico autonomo, separato e indipendente dagli ordinamenti statali. Secondo tale rappresentazione, il fondamento giuridico di ogni singolo procedimento arbitrale non è garantito da un ordinamento giuridico statale, sia esso quello dello Stato della sede ovvero quello dello Stato in cui il lodo arbitrale è portato in esecuzione. Al contrario, ogni procedimento ripete la propria legittimità ed efficacia unicamente dall'ordinamento giuridico arbitrale.

La rappresentazione in esame è stata accolta da un considerevole numero di autori e, in modo particolare, dalla dottrina francese⁷⁰. Da ulti-

⁷⁰ B. GOLDMAN, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, cit.; F. RIGAUX, *Souveraineté des Etats et arbitrage transnational*, in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, 1982; D. COHEN, *Arbitrage et société*, Paris, 1993; T. CLAY, *L'arbitre*, Paris, 2001; P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, cit.; J.B. RACINE, *Réflexions*

mo, la teoria «autonomista» è stata compiutamente sistematizzata da Emmanuel Gaillard⁷¹.

I fautori di tale tesi muovono anzitutto una dura critica alla teoria territorialista. Essi, infatti, ritengono che non sia corretto assoggettare un procedimento di natura privata con implicazioni transnazionali – qual è appunto l'arbitrato internazionale – alla disciplina di un ordinamento nazionale per il solo fatto che la sede del procedimento sia localizzata in tale Stato. In particolare, secondo Gaillard, in un mondo in cui l'arbitrato è considerato sempre più come il mezzo naturale per la risoluzione delle controversie commerciali internazionali, l'approccio territorialista risulterebbe anacronistico e inadeguato⁷².

A mente della tesi in parola, l'arbitrato commerciale internazionale costituirebbe un vero e proprio «ordinamento giuridico» autonomo e indipendente. Nondimeno, nella ricostruzione offerta da Gaillard, tale ordinamento non si porrebbe in posizione antitetica rispetto agli ordinamenti giuridici nazionali. Al contrario, esso si fonderebbe proprio sull'attività normativa degli Stati, le cui leggi in tema di arbitrato, se considerate collettivamente, costituirebbero un insieme di regole comuni in cui si radica il potere giurisdizionale degli arbitri. Peraltro, secondo Gaillard, non sarebbe strettamente necessario che le regole poste alla base dell'ordine arbitrale siano accolte dall'unanimità degli ordinamenti statali. Sarebbe, infatti, sufficiente identificare la tendenza prevalente nella collettività dei sistemi

sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international (II. – L'arbitrage, Deuxième Séance), cit.; P. LALIVE, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, cit.; J.P. ANCEL, *Arbitrage et internationalité. Quelques réflexions et propositions*, cit. Anche Lew sembra aderire alla c.d. teoria autonomista. Tuttavia, la rappresentazione proposta dal giurista inglese si fonda su postulati del tutto diversi rispetto a quelli propugnati dalla dottrina francese. In particolare, sebbene Lew non esclude del tutto la rilevanza della legge arbitrale dello Stato in cui ha sede l'arbitrato. Cfr. J.D.M. LEW, *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration*, cit.

⁷¹ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, cit. L'autore ha poi avuto modo di approfondire la sua elaborazione in una serie di contributi successivi: E. GAILLARD, *L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité*, cit.; E. GAILLARD, *The Representations of International Arbitration*, cit.; E. GAILLARD, *The Emerging System of International Arbitration: Defining «System»*, cit.

⁷² E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, cit., p. 89.

nazionali. In questo senso, l'ordinamento arbitrale sarebbe in costante e dinamico sviluppo⁷³.

Un siffatto insieme di regole, secondo l'autore francese, presenterebbe tutti i connotati tipici di un ordinamento giuridico e, segnatamente: (i) soggetti e organi propri dell'ordinamento arbitrale, che assicurano l'implementazione delle norme arbitrali⁷⁴; (ii) un insieme strutturato, completo e coerente di norme⁷⁵; (iii) la capacità di concepire le proprie fonti⁷⁶; nonché (iv) un alto grado di effettività⁷⁷.

⁷³ *Ivi*, pp. 102-108. Una simile ricostruzione, come già indicato alla nota 69, è stata duramente criticata da Paulsson. Diversamente da Paulsson e da Racine, che accolgono una nozione «ampia» di ordinamento giuridico sulla scorta della teoria elaborata da Santi Romano, Gaillard intende fondare la rappresentazione autonomista sui postulati del positivismo giuridico, delineando così un ordinamento giuridico arbitrale paragonabile agli ordinamenti giuridici nazionali. Tuttavia, a rigore, l'approccio «maggioritario» suggerito dall'autore francese si espone a numerose critiche. Primo fra tutti, non si comprende cosa possa considerarsi come «trend prevalente». Si tratterebbe forse del *trend* accolto dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici (ivi inclusi quegli Stati che manifestano remore nei confronti dell'arbitrato internazionale), oppure del *trend* accolto dagli ordinamenti occidentali che si definiscono maggiormente sviluppati? Con tutta evidenza questa seconda opzione implica scelte politiche, difficilmente giustificabili su un piano prettamente giuridico.

⁷⁴ E. GAILLARD, *L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité*, cit., pp. 898-899.

⁷⁵ *Ivi*, pp. 897-898; E. GAILLARD, *The Emerging System of International Arbitration: Defining «System»*, cit., p. 288.

⁷⁶ E. GAILLARD, *L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité*, cit., p. 898.

⁷⁷ *Ivi*, p. 899. Gaillard riporta i dati di uno studio condotto dalla Queen Mary University of London nel 2008, secondo cui il 90% dei lodi arbitrali sarebbe oggetto di esecuzione spontanea. Cfr. PRICEWATERHOUSECOOPERS, QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON, *International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices 2008*, pp. 2-8. In realtà, da una più attenta analisi dei dati riportati nello studio citato da Gaillard, l'84% dei soggetti intervistati ha risposto che vi è stata una (completa) esecuzione spontanea in più del 76% dei casi. La percentuale di esecuzioni spontanee – se è questo il dato da considerare per valutare l'effettività dell'arbitrato – si aggirerebbe in un *range* tra il 60% e il 70%. Percentuali a parte, la possibilità di portare in esecuzione il lodo arbitrale sembra essere una caratteristica irrinunciabile del mezzo di risoluzione delle controversie in esame ed è un dato di fatto che la fase esecutiva, richiedendo l'esercizio della forza pubblica, esorbita dall'ordinamento arbitrale. Cfr. WHITE&CASE, QUEEN MARY UNIVER-

Quanto ai primi due elementi, paiono opportune alcune precisazioni. Nell'idea di Gaillard, i «soggetti» sarebbero gli operatori del commercio internazionale, destinatari di un insieme di norme imperative e dispositive. Al contempo, gli arbitri sarebbero gli «organi» dell'ordinamento arbitrale, poiché oramai si potrebbero considerare alla stregua di «giudici naturali» delle controversie in materia di relazioni commerciali transnazionali. In realtà, una simile ricostruzione può valere solo qualora si considerino in astratto le categorie di «parti» e «arbitri». Nel concreto, infatti, gli operatori del commercio internazionale possono considerarsi «soggetti» dell'ordinamento arbitrale solo laddove liberamente scelgano di deferire la soluzione della loro particolare controversia in arbitrato. Allo stesso modo, sembra difficile definire gli arbitri alla stregua di «organi» dell'ordinamento arbitrale. Si tratta, infatti, di giudici privati non precostituiti, il cui potere giurisdizionale deriva – sempre e soltanto – dalla volontà delle parti. Diversamente dai giudici nazionali, infatti, il potere/dovere di rendere una decisione non è sancito, in via generale e astratta, da una norma dell'ordinamento giuridico di appartenenza, ma gli è attribuito per mezzo di un atto di natura privata. Gli arbitri, pertanto, non possono considerarsi quali «giudici naturali» delle controversie in materia di commercio transnazionale, poiché, in assenza di espressa scelta delle parti, essi non avranno giurisdizione per conoscere e decidere della disputa.

Con riferimento, invece, alla pretesa esistenza di un insieme strutturato, completo e coerente di norme, Gaillard elenca alcuni esempi di quelle che considera essere le regole appartenenti all'ordinamento arbitrale. In particolare, l'autore francese indica la Convenzione di New York del 1958, la Legge Modello UNCITRAL, le linee guida elaborate dall'*International Bar Association* e i lavori dell'*International Law Association*. In realtà, l'elencazione fornita dall'autore francese suscita più di una perplessità. In primo luogo, gli strumenti menzionati da Gaillard si distinguono per natura e per funzione. La Convenzione di New York del 1958, come noto, è uno strumento di diritto internazionale, diretto a promuovere il rispetto degli accordi arbitrali e a rendere possibile la circolazione dei lodi, così da favorire una reale integrazione tra il fenomeno arbitrale e i sistemi di

risoluzione delle controversie statuali. Essa vincola gli Stati che ne sono parte e, come tale, può essere applicata solo in via indiretta dai tribunali arbitrali, nella misura in cui questi ultimi ne debbano tenere conto al fine di rendere un lodo valido e riconoscibile nei diversi ordinamenti nazionali⁷⁸. La Legge Modello UNCITRAL come indica il nome stesso, costituisce un utile modello per i legislatori nazionali, ma non è direttamente applicabile in arbitrato; sarà applicabile nei singoli procedimenti solo se, e nella misura in cui, essa sia stata trasfusa nelle leggi arbitrali (statali) che vengono in rilievo. Le linee guida elaborate dalla *International Bar Association* e dalla *International Law Association* rappresentano strumenti di c.d. *soft law*. Benché a tali strumenti sia generalmente riconosciuto un limitato valore normativo, essi potranno applicarsi nei singoli procedimenti solo a seguito di una scelta operata dalle parti o (in assenza e dove consentito) dal tribunale arbitrale⁷⁹. Peraltro, secondo Racine, l'ordine giuridico arbitrale non presenterebbe una coerenza e completezza interna paragonabile a quella degli ordinamenti giuridici nazionali, ancorché, secondo l'autore, il metro di paragone non dovrebbe essere la legge statale, quanto piuttosto il diritto internazionale e, segnatamente, il diritto consuetudinario⁸⁰.

Secondo Gaillard, l'adesione alla rappresentazione autonomista determinerebbe conseguenze pratiche di notevole rilievo, tanto con riferimento ai poteri dell'arbitro quanto con riguardo agli effetti del lodo arbitrale⁸¹.

In particolare, le norme previste dalla legge dello Stato in cui ha sede il procedimento arbitrale avrebbero una rilevanza meramente sussidiaria, dovendosi applicare, in primo luogo, le norme scelte dalle parti e, in loro assenza, quelle individuate dal tribunale arbitrale⁸².

⁷⁸ A.J. VAN DEN BERG, *Should an international arbitrator apply the New York Arbitration Convention of 1958?* in J.C. SCHULTSZ, A.J. VAN DEN BERG (a cura di), *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration* – Liber Amicorum Pieter Sanders, cit., pp. 39-49.

⁷⁹ G. KAUFMANN-KOHLER, *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity*, in *J. Intl. Dispute Settlement*, 2010, p. 1 ss.

⁸⁰ J.B. RACINE, *Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international (II. – L'arbitrage, Deuxième Séance)*, cit., p. 337.

⁸¹ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, cit., p. 121 ss.

⁸² E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, cit., p. 162.

Quanto poi agli effetti della decisione resa dal tribunale arbitrale, secondo Gaillard il lodo dovrebbe concepirsi quale atto di natura privata, cui è conferita (o negata) efficacia coercitiva al momento del riconoscimento, dell'esecuzione o dell'annullamento. Similmente a quanto sostenuto nella rappresentazione pluralista, pertanto, la sanzione legale del lodo non sarebbe necessariamente ascrivibile all'ordinamento giuridico dello Stato in cui ha sede l'arbitrato. Di conseguenza, l'annullamento del lodo in quest'ultimo ordinamento non escluderebbe, di per sé, la possibilità che altri Stati attribuiscono a tale atto di natura privata valore giuridicamente vincolante⁸³.

A una prima analisi, una volta ammessa l'esistenza di un ordine giuridico arbitrale, potrebbe apparire incoerente qualificare il lodo come semplice «atto di natura privata» e ritenere che la sua sanzione legale risieda in un ordinamento giuridico statale.

In realtà, definire il provvedimento decisorio reso dagli arbitri quale atto privato non significa affatto negare la funzione giurisdizionale dell'arbitrato. La decisione resa dagli arbitri, diversamente dal contratto, è già un atto potenzialmente idoneo ad acquisire gli stessi effetti della sentenza statale e, pertanto, in grado di modificare le situazioni giuridiche sottese alla controversia e di impegnare l'autorità pubblica a dare esecuzione a quanto statuito, senza che si renda necessario un (nuovo) processo di cognizione avente ad oggetto il merito della controversia a livello statale. Tuttavia, perché si possano produrre tali effetti, si ritiene che al lodo debba

Peraltro, secondo il ragionamento di Gaillard, tale regola si fonderebbe sul *trend* riscontrabile nella maggioranza degli ordinamenti giuridici nazionali che, ad oggi, riconoscono alle parti e agli arbitri ampia autonomia in materia di scelta delle norme applicabili. Nei fatti, tale posizione non sembrerebbe differenziarsi troppo da quanto prospettato da Craig, secondo cui la catena che lega il procedimento arbitrale alla legge dello Stato della sede è tanto lunga e flessibile da permettere alle parti e agli arbitri di condurre il procedimento con grandissima libertà. Cfr. W.L. CRAIG, *Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration*, cit., p. 18.

⁸³ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, cit., p. 184 ss. Non si può mancare di evidenziare come tale soluzione, per quanto conforme alla giurisprudenza francese già richiamata alla nota 63, non rappresenta affatto il *trend* prevalente negli ordinamenti nazionali. Al contrario, la maggioranza delle leggi arbitrali prevedono che l'annullamento del lodo nel suo Stato di origine costituisce motivo di diniego del riconoscimento o dell'esecuzione.

essere attribuita – anche implicitamente – una sanzione legale da parte di un ordinamento giuridico (pubblico) statale. In sostanza, anche i più convinti e audaci sostenitori della teoria autonomista riconoscono che, in ogni caso, si rende necessario un c.d. «jurisdictional landing» del lodo in un ordinamento giuridico statale⁸⁴.

In sintesi, pertanto, a mente della teoria autonomista:

a) L'arbitrato commerciale internazionale costituisce un ordine giuridico autonomo e separato rispetto agli ordinamenti giuridici statali.

b) Di conseguenza, l'ordinamento giuridico arbitrale definisce e regola il valore vincolante dell'accordo compromissorio.

c) Il procedimento arbitrale è regolato da norme proprie dell'ordinamento giuridico arbitrale, le quali, in particolare, riconoscono ampia autonomia alle parti e agli arbitri. Di conseguenza, il tribunale arbitrale dovrà applicare le norme individuate dalle parti ovvero quelle che esso reputa più adeguate a regolare la fattispecie.

d) Le norme dello Stato in cui ha sede l'arbitrato svolgono, invece, un ruolo meramente sussidiario.

e) Il lodo arbitrale è un atto di natura privata, cui è attribuito un valore giuridicamente vincolante (c.d. *sanction légale*) dall'ordinamento giuridico dello Stato in cui è richiesto il riconoscimento o l'esecuzione dello stesso. Pertanto, l'eventuale annullamento del lodo nello Stato di origine non impedisce che questo sia riconosciuto ed eseguito in un altro Stato.

Analogamente a quanto considerato con riferimento alla teoria pluralista, il dovere del tribunale di rendere un lodo «valido», si traduce nel compito di rendere una decisione che possa essere riconosciuta negli Stati in cui le parti potrebbero portare in esecuzione il lodo. Il modello in esame ha sicuramente il grande merito di evidenziare l'inadeguatezza di un'applicazione meccanica delle regole dello Stato in cui ha sede l'arbitrato e rappresenta un pregevole tentativo di fornire un fondamento teorico all'impostazione con cui la grande maggioranza degli operatori si approccia nella pratica all'arbitrato commerciale internazionale. Cionondi-

⁸⁴ Secondo l'espressione utilizzata dal Prof. Benedettelli in occasione del convegno *Arbitrato e Impresa*, che si è tenuto presso l'Università degli Studi di Milano in data 8-9 febbraio 2018.

meno, pur a fronte di un generale accoglimento da parte della dottrina giuridica d'oltralpe, ad oggi la rappresentazione in esame appare decisamente minoritaria – se non addirittura sconosciuta – nel diritto positivo degli Stati⁸⁵.

2.3. *Considerazioni in merito alle diverse rappresentazioni esaminate*

Non è certo lo scopo di questo lavoro dimostrare l'esistenza (o l'inesistenza) di un ordinamento giuridico arbitrale. Tuttavia, per non correre il rischio di ancorare le nostre conclusioni a premesse opinabili o comunque non dimostrate, pare opportuno svolgere alcune considerazioni che permettano di comprendere quale sia la concezione di «arbitrato internazionale» su cui si fonda il nostro ragionamento in punto di riconoscimento degli effetti di giudicato.

In primo luogo, occorre evidenziare come il tentativo di classificare il fenomeno arbitrale in categorie rigide e dai confini ben definiti si risolva, il più delle volte, in un mero esercizio speculativo. Nella realtà dei fatti, l'arbitrato internazionale si caratterizza come fenomeno difficilmente riconducibile a prototipi standard. Come efficacemente rilevato da certa dottrina, infatti, ogni controversia presenta caratteristiche del tutto peculiari, che la differenziano dalle altre. In particolare, il legame tra il procedimento arbitrale e un dato ordinamento statale può essere più o meno stringente, in dipendenza di una molteplicità di fattori, quali, a mero titolo esemplificativo, la nazionalità delle parti o degli arbitri, ovvero le vicende che interessano la relazione commerciale sottesa alla controversia. In definitiva, la «transnazionalità» dell'arbitrato si presenta sempre secondo un diverso grado d'intensità⁸⁶.

⁸⁵ Cfr. G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 1589.

⁸⁶ V. HEISKANEN, *And/Or/ The Problem of Qualification in International Arbitration*, in *Arb. Intl.*, 2010, p. 441 ss., spec. p. 454: «The “internationality” (or rather “transnationality”) of an arbitration is a sliding scale. The more tenuous the link between the seat and the arbitration in terms of the various connecting factors (the place of negotiation and/or conclusion of the contract, the places of organisation and/or the principal places of business of the parties, the place of performance of the contract, the law governing the arbitration agreement, the law governing the contract, and the place where the

In secondo luogo, come ricordato dallo stesso Gaillard, le diverse teorie in merito alla natura dell'arbitrato costituiscono rappresentazioni mentali che, in quanto tali, non sono dirette a descrivere l'ontologia dell'arbitrato commerciale internazionale, ma definiscono piuttosto l'atteggiamento con il quale i diversi interpreti si approcciano alle problematiche che possono sorgere nel corso del procedimento⁸⁷. In questo senso, assumendo differenti prospettive, tutte le teorie esaminate colgono elementi utili a comprendere il fenomeno arbitrale e, al contempo, prestano il fianco a possibili critiche.

Nello specifico, con riguardo alla tesi autonomista, se da un lato sembra obiettivamente poco sostenibile l'esistenza di un ordinamento giuridico arbitrale autonomo e indipendente dagli ordinamenti statuali⁸⁸, la rappresentazione in parola ha il merito di valorizzare l'ampio margine di autonomia di cui godono le parti e gli arbitri nella conduzione del procedimento arbitrale. Ponendosi nella prospettiva di tali soggetti, la rappresentazione autonomista coglie appieno l'esigenza di superare i localismi e

effects of the performance of the contract are felt) the more "international" is the arbitration. Conversely, the stronger the link between the seat and the arbitration in terms of such connecting factors, the more "domestic" is the arbitration. In other words, the transnationality of an arbitration is a matter of difference in degree, depending on the presence or absence of the relevant connecting factors, rather than a strict conceptual distinction between "international" and "domestic" arbitration».

⁸⁷ E. GAILLARD, *The Representations of International Arbitration*, cit., p. 273.

⁸⁸ A ben vedere, gran parte delle discussioni in merito all'esistenza di un siffatto ordinamento giuridico paiono potersi ascrivere alla poca chiarezza circa il significato da attribuire a tale nozione. Si è già accennato di come il richiamo alla concezione di «ordinamento giuridico» sviluppata da Santi Romano paia essere frutto di un'eccessiva semplificazione del pensiero del giurista siciliano. Laddove si voglia intendere la nozione in parola secondo un'accezione analoga a quella utilizzata per descrivere gli ordinamenti giuridici statali – intesi come sistemi ordinati e coerenti di norme giuridiche volte a disciplinare la vita di una comunità nella molteplicità delle sue articolazioni – il fenomeno arbitrale non potrebbe certo qualificarsi come «ordinamento giuridico». Se, al contrario, si vuole attribuire alla nozione in parola un significato più ampio, sì da ricomprendervi qualsivoglia fenomeno sociale regolato da norme giuridiche che si sviluppano negli spazi di autonomia garantiti dalla legge statale, l'arbitrato internazionale potrebbe allora qualificarsi come «ordinamento giuridico», ma non certo come ordinamento «originario», «autonomo» e «indipendente», di guisa che ogni paragone con gli ordinamenti nazionali (questi sì originari, autonomi e indipendenti) risulterebbe comunque poco convincente.

la frammentazione che contraddistinguono il contenzioso giudiziale, a favore di una maggiore uniformità e prevedibilità del meccanismo di risoluzione delle controversie garantito dall'arbitrato internazionale.

Dal canto suo, invece, la tesi pluralista ha il grande pregio di rappresentare il fenomeno arbitrale alla stregua di qualsiasi fattispecie che presenta elementi di collegamento con una pluralità di ordinamenti e che, in quanto tale, può teoricamente essere disciplinato da ciascuno di essi. Se si assume, infatti, la prospettiva degli ordinamenti nazionali, essi sono liberi di adottare norme di conflitto unilaterali che valorizzino il criterio di collegamento ritenuto più idoneo a determinare la disciplina applicabile all'arbitrato⁸⁹. Nondimeno, se in linea teorica ciò è sicuramente vero, la tesi pluralista sembra trascurare o, in ogni caso, non dare debito conto dell'importanza attribuita alla «sede della procedura» dalla quasi totalità degli ordinamenti giuridici statali.

Proprio quest'ultimo rilievo permette di meglio apprezzare i pregi della teoria «territorialista»; se, infatti, appare del tutto condivisibile una lettura del fenomeno arbitrale come fattispecie giurisdizionale che presenta collegamenti con una molteplicità di ordinamenti, è per contro innegabile che, per effetto dell'adozione di una norma di conflitto unilaterale da parte della grande maggioranza degli ordinamenti giuridici nazionali, la sede costituisce oggi il principale criterio di collegamento per l'individuazione della legge applicabile all'arbitrato e titolo di giurisdizione per la soluzione delle diverse questioni che possono emergere nel corso del procedimento. Se, da un lato, i tentativi di individuare una sorta di «legame ontologico» tra arbitrato e sede prestano il fianco alle critiche di cui si è detto, dall'altro il dato empirico appare inconfutabile. Vi è, infatti, una chiara convergenza tra le leggi arbitrali nazionali nell'identificare la «nazionalità» dell'arbitrato e del lodo arbitrale con l'ordinamento della sede.

Al contempo, mette conto osservare come alla pressoché uniforme

⁸⁹ Non vi è, infatti, alcun legame «ontologico» tra il fenomeno arbitrale e l'ordinamento della sede, giacché, come noto, pur svolgendo una funzione giurisdizionale gli arbitri non sono organi dello Stato in cui ha sede la procedura, né men che meno possono essere assimilati ai giudici di detto ordinamento, cfr. sul punto, A. BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero*, cit., p. 24, e, ciò che è più rilevante, non ripetono la loro legittimazione dall'ordinamento giuridico della sede, bensì dalla volontà delle parti.

adozione della sede quale criterio di collegamento si accompagnino due ulteriori elementi – opportunamente evidenziati dalla dottrina⁹⁰ – che contribuiscono a definire le regole che governano il fenomeno arbitrale.

In primo luogo, alle parti è riconosciuta piena libertà nella scelta della sede, non essendo richiesto un particolare collegamento tra quest'ultima e la controversia oggetto del procedimento arbitrale. Anzi, come già detto, molto spesso le parti individuano un dato ordinamento quale sede dell'arbitrato proprio in ragione della sua neutralità e indifferenza rispetto all'oggetto di cui è causa. In sostanza, quindi, per effetto della totale autonomia concessa alle parti nella determinazione della sede, queste sono nei fatti libere di scegliere la legge applicabile all'arbitrato.

In secondo luogo – e come conseguenza di quanto appena detto – negli anni si è sviluppata una sana competizione tra gli Stati, al fine di adottare normative sempre più liberali in materia di arbitrato, capaci di attrarre un numero sempre maggiore di procedimenti arbitrali⁹¹. Questo fenomeno si è tradotto in una sostanziale *deregulation* o – secondo l'efficace immagine di Craig, già richiamata sopra – nell'allentamento della catena di ancoraggio che lega il procedimento arbitrale all'ordinamento della sede, dimodoché alle parti (e agli arbitri) sono oggi riconosciuti amplissimi spazi di autonomia nella definizione delle regole applicabili all'arbitrato. In tali spazi di autonomia si è sviluppato un *corpus* di norme di *soft law* – quali, ad esempio, le regole e le linee guida elaborate dalla *International Bar Association* o dalla *International Law Association* – che costituisce una «specie di *lex mercatoria* processuale dell'arbitrato transnazionale che si evolve costantemente e flessibilmente per adeguarsi agli sviluppi della prassi»⁹².

⁹⁰ L.G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato come sistema transnazionale*, cit., p. 13.

⁹¹ Già più di trent'anni orsono De Ly notava una «*regulatory competition*» tra gli ordinamenti, volta a liberalizzare le regole in tema di arbitrato nel senso di una sostanziale *deregulation* della materia, cfr. F. DE LY, *The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning*, in *Northwestern Jour. Intl. L. B.*, 12, 1991, p. 48 ss.

⁹² L.G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato come sistema transnazionale*, cit., p. 12. L'Autore osserva molto opportunamente come alle parti sia comunque lasciata l'autonomia di prevedere soluzioni particolari, anche diverse da quanto previsto dalle norme trans-

L'autonomia riconosciuta dagli ordinamenti nazionali, tuttavia, non è illimitata. Tanto le parti quanto gli arbitri dovranno rispettare i limiti posti dall'ordine pubblico degli Stati che entrano in contatto con il fenomeno arbitrale e, in particolare, con l'ordinamento della sede. In caso contrario, infatti, la decisione resa dal tribunale arbitrale potrebbe incontrare serie difficoltà a essere riconosciuta ed eseguita, con evidente sacrificio dell'interesse di tutti i soggetti coinvolti nell'arbitrato.

Chiarita la rappresentazione del fenomeno arbitrale che si ritiene più adeguata nella ricerca di una soluzione alle complesse questioni tecniche che possono sorgere nel corso del procedimento arbitrale, appare opportuno soffermarsi brevemente su due problematiche di centrale importanza e, segnatamente, sul processo di individuazione delle norme applicabili al procedimento arbitrale, nonché sul fondamento dell'efficacia legale del lodo.

2.3.1. *Le norme applicabili al procedimento arbitrale*

Per quanto riguarda l'individuazione delle norme applicabili al procedimento arbitrale, le differenze tra le diverse rappresentazioni sono in realtà meno marcate di quanto potrebbe apparire a una prima considerazione.

Sebbene nella prospettiva territorialista la disciplina del procedimento arbitrale dipenda dalle disposizioni contenute nella legge arbitrale dello Stato in cui ha sede l'arbitrato, nei fatti, come si è appena detto, la grande maggioranza dei legislatori nazionali ha assunto un atteggiamento marcatamente liberale, riservando alle parti e agli arbitri un ampio margine di autonomia nella scelta delle norme, anche non statali, applicabili al procedimento⁹³. Per quanto i limiti posti all'autonomia privata varino a seconda della legge arbitrale applicabile, nei fatti la totale libertà delle parti nell'individuazione e scelta della sede del procedimento arbitrale, combi-

nazionali. Ad esempio, in materia di assunzione delle prove, se da un lato assumono certamente rilevanza le *Rules on the Taking of Evidence* redatte dalla *International Bar Association*, dall'altro le parti sono certamente libere di prevedere sul punto l'applicazione di regole specifiche differenti.

⁹³ Cfr. *supra* in questo capitolo, al paragrafo 2.2.1. In particolare, W.L. CRAIG, *Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration*, cit., p. 18.

nata con il sempre più diffuso atteggiamento di favore nei confronti della volontà delle parti, garantisce ampi margini di autonomia.

Tanto nella rappresentazione pluralista quanto in quella autonomista, invece, la legge dello Stato in cui ha sede l'arbitrato assume un'importanza marginale, dovendosi applicare solo in via sussidiaria, salvo che non vengano in rilievo norme di applicazione necessaria⁹⁴. In linea generale, infatti, il procedimento sarà regolato dalle norme indicate dalle parti e, in loro assenza, da quelle individuate dal tribunale arbitrale⁹⁵.

Nonostante la diversità nelle premesse delle diverse rappresentazioni – che, come detto, sembra più che altro frutto della differente prospettiva in cui si pongono gli autori nello studio del fenomeno in questione – il risultato cui esse pervengono è sostanzialmente uniforme, nel senso di un'effettiva emancipazione dell'arbitrato dalle norme procedurali dello Stato in cui ha sede il procedimento, a favore delle norme scelte dalle parti⁹⁶. In particolare, più che in un'uniformità di regole procedurali (autonome e indipendenti da quelle previste dai diversi ordinamenti nazionali), l'elemento caratteristico dell'arbitrato parrebbe potersi identificare nell'ampio spazio di autonomia riconosciuto ai soggetti che prendono parte al procedimento arbitrale, i quali sono liberi di scegliere tanto regole di origine statale quanto, soprattutto, norme di fonte non statale⁹⁷. In altri termini, per effetto dell'atteggiamento liberale assunto dagli ordinamenti nazionali, il criterio di collegamento prevalente nell'ambito dei procedimenti

⁹⁴ J.D.M. LEW, *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration*, cit., p. 196.

⁹⁵ Cfr. *supra* in questo capitolo, ai paragrafi 2.2.2 e 2.2.3. Come osservato poco sopra, peraltro, lo spazio di libertà di cui godono le parti riposa in ogni caso su norme di diritto positivo degli ordinamenti nazionali che garantiscono e tutelano l'autonomia privata.

⁹⁶ L.G. RADICATI DI BROZOLO, voce *International Commercial Arbitration* in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO (a cura di), *Encyclopedia of Private International Law*, cit., 2017, pp. 92-93; F. DE LY, *The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration*, cit., p. 68.

⁹⁷ Le parti, infatti, potranno scegliere tra un'ampia gamma di regole procedurali, richiamando – a seconda delle loro preferenze – i regolamenti predisposti dalle istituzioni arbitrali, le linee guide redatte da associazioni private, le norme procedurali contenute nei codici di procedura civile statali, ovvero appositamente concordate per la risoluzione della singola controversia.

arbitrali – e, si badi, non solo per l'identificazione delle regole procedurali – si identifica con la volontà delle parti. Ciò significa che qualora i contendenti abbiano indicato le regole da applicare alla procedura arbitrale all'atto della sottoscrizione dell'accordo compromissorio o in qualsiasi momento successivo, il collegio arbitrale è generalmente tenuto a rispettare tale volontà.

Laddove, poi, le parti non abbiano raggiunto un accordo in merito alla legge applicabile al procedimento arbitrale o, come più spesso accade, le regole scelte non trattino espressamente della particolare problematica all'esame del collegio arbitrale, tanto le leggi arbitrali statali⁹⁸ quanto i regolamenti predisposti dalle istituzioni arbitrali⁹⁹ riconoscono agli arbitri una sostanziale autonomia nell'individuazione delle norme applicabili. Ciò, ovviamente, non significa che il collegio arbitrale possa intendere tale margine di discrezionalità come spazio di un pieno arbitrio; sebbene, come abbiamo più volte ripetuto, gli arbitri non possano essere considerati alla stregua di giudici statali¹⁰⁰ – giacché non sono chiamati a svolgere una funzione pubblica nell'interesse della collettività – a essi è pur sempre attribuita una funzione giurisdizionale, nell'esercizio della quale deve essere comunque garantita la realizzazione del giusto processo¹⁰¹.

Di conseguenza, l'apprezzamento del collegio arbitrale dovrà essere sempre improntato a criteri di ragionevolezza; anche l'applicazione delle soluzioni elaborate dalla giurisprudenza arbitrale o dagli strumenti di *soft law* di cui si è detto sopra dovrà tener conto delle circostanze specifiche del caso concreto e, in particolare, del grado di transnazionalità che presenta la controversia. Una cieca applicazione delle regole «soffici» – la cui valenza normativa non è assicurata né dall'azione del legislatore statale né dalla scelta delle parti – potrebbe rivelarsi inopportuna e, in ogni caso, foriera di un eccessivo irrigidimento della procedura, a tutto svantaggio

⁹⁸ Art. 816-*bis* c.p.c. italiano, art. 1509 c.p.c. francese, art. 34 UK Arbitration Act 1996.

⁹⁹ Art. 22(2) delle Regole Arbitrali ICC, Art. 14 delle Regole Arbitrali LCIA, Art. 2(1) del regolamento CAM, Art. 17 UNCITRAL Arbitration Rules.

¹⁰⁰ Cfr. A. BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero*, cit., p. 24.

¹⁰¹ Cfr. *supra*, capitolo III, al paragrafo 1.

della flessibilità che caratterizza l'arbitrato internazionale¹⁰².

Peraltro, qualora la lacuna nelle regole individuate dalle parti non si riferisca ad aspetti prettamente procedurali – e cioè riferibili alla modalità di conduzione della procedura – ma a questioni di natura processuale quali, ad esempio, le problematiche che riguardano l'ammissibilità e la procedibilità delle domande presentate dalle parti, potrebbe apparire quantomeno discutibile attribuire al collegio la facoltà di individuare le norme applicabili per mezzo di scelte puramente discrezionali. In questi casi, al fine di salvaguardare la validità e riconoscibilità del lodo arbitrale, potrebbe essere più prudente fare riferimento alla legge del luogo in cui ha sede il procedimento o, quantomeno, valutare attentamente che le diverse regole che si ritiene di applicare non siano incompatibili con i principi di ordine pubblico di tale ordinamento.

¹⁰² Cfr. sul punto M. SCHNEIDER, *The Essential Guidelines for the Preparation of Guidelines, Directives, Notes, Protocols and Other Methods Intended to Help International Arbitration Practitioners to Avoid the Need for Independent Thinking and to Promote the Transformation of Errors into «Best Practices»*, in L. LEVY, Y. DERAIS, *Liber Amicorum Serge Lazareff*, Paris, 2011, p. 564, il quale con toni sarcastici osserva come: «The principal objective of guidelines is to reduce the scope of independent thinking by their users and to replace it by what the Guideline Producers believe the users should think or do. A related objective of guidelines is to assist users in avoiding their own errors. Guidelines replace these errors by those of the Guideline Producers. This provides comfort to the guideline users who will be reassured that they are in good company when making the errors promoted by the Guideline Producers. The ultimate objective of Guidelines Producers should be to render the guidelines so successful that the errors contained in them are no longer noticed as errors. Finally, and not less importantly, guidelines serve the objectives of the Guideline Producers as a simple and widely used instrument of self-promotion in which substantive research can be replaced by the generalisation of personal opinions»; cfr. M. STACHER, *The Authority of Para-Regulatory Text*, in D. FAVALLI (a cura di), *The Sense and Non-sense of Guidelines, Rules and other Para-regulatory Texts in International Arbitration*, ASA Special Series No. 37, 2015, p. 107 ss.; U. DRAETTA, *The Transnational Procedural Rules for Arbitration and the Risks of Overregulation and Bureaucratization*, in *ASA Bulletin*, 2015, p. 327 ss.; W.W. PARK, *The Procedural Soft Law of International Arbitration: Non-governmental Instruments*, in J.D.M. LEW, L.A. MISTELIS, *Pervasive Problems in International Arbitration*, cit., pp. 146-147. Peraltro, si è anche dubitato della democraticità di tali strumenti di *soft law*, cfr. G. KAUFMANN-KOHLER, *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity*, cit., pp. 16-17.

Se è vero che la dottrina più autorevole non ha mancato di criticare tale scelta¹⁰³, occorre tuttavia considerare come anche nella prospettiva pluralista e nella prospettiva autonomista non si escluda la possibilità di far ricorso – quantomeno in via sussidiaria – alle norme processuali dello Stato in cui ha sede l'arbitrato: in assenza di regole alternative che siano suffragate dalla chiara volontà delle parti o di norme materiali consolidate nella prassi arbitrale, l'applicazione della legge della sede può nei fatti costituire una valida soluzione.

2.3.2. *La sanzione legale del lodo*

Anche con riferimento all'identificazione del fondamento dell'efficacia legale del lodo, le differenze tra le diverse teorie appaiono meno marcate di quanto ci si potrebbe aspettare.

Tutte le rappresentazioni considerate concordano nel qualificare il lodo arbitrale come prodotto del mezzo di risoluzione delle controversie prescelto dalle parti. La decisione è in sé vincolante e obbliga fin da subito le parti a rispettarla. Peraltro, come osservato da Gaillard, buona parte delle controversie si concludono con l'esecuzione spontanea della decisione resa dal tribunale arbitrale, senza che si renda necessaria l'instaurazione di un procedimento esecutivo nello Stato in cui sono localizzati i beni della parte soccombente¹⁰⁴. Tuttavia, affinché la stessa possa produrre effetto al di fuori dell'arbitrato – sia esso inteso come mero fenomeno sociale ovvero come ordinamento giuridico autonomo – si rende necessario che alla stessa sia conferita sanzione legale da parte di un ordinamento giuridico statale.

Nella prospettiva suggerita sopra – che riteniamo, per le ragioni di cui si è detto, come la più adeguata a descrivere il fenomeno arbitrale – il lodo arbitrale è una fattispecie (a vocazione) giurisdizionale che presenta collegamenti con una molteplicità di ordinamenti e, segnatamente, con

¹⁰³ L.G. RADICATI DI BROZOLO, voce *International Commercial Arbitration*, cit., p. 91. In effetti, se nella rappresentazione territorialista tale scelta appare sicuramente preferibile, non appena si adotti una prospettiva pluralista o autonomista l'applicazione della legge in cui ha sede l'arbitrato potrebbe risultare non necessaria, se non addirittura inopportuna.

¹⁰⁴ E. GAILLARD, *L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité*, cit., p. 899.

l'ordinamento della sede e con gli altri ordinamenti in cui la decisione sarà chiamata a produrre i suoi effetti. Se in linea teorica, come noto, ogni Stato è libero di determinare unilateralmente l'ambito della propria giurisdizione e la legge applicabile a tutte le questioni che interessano la validità e gli effetti dell'accordo compromissorio e del lodo arbitrale, non si può trascurare che ad oggi, secondo l'approccio prevalente degli Stati:

(i) la giurisdizione a conoscere dell'eventuale impugnazione delle decisioni in parola è generalmente attribuita ai giudici dello Stato in cui ha avuto sede la procedura arbitrale;

(ii) per l'individuazione delle norme applicabili al lodo arbitrale si ricorre normalmente al criterio di collegamento della sede¹⁰⁵.

Tale impostazione appare coerente con quanto previsto dalla Convenzione di New York del 1958. Se è vero che tale Convenzione obbliga gli Stati aderenti a riconoscere e dare esecuzione ai lodi stranieri anche in assenza di un *exequatur* da parte dello Stato di origine e, come noto, non si occupa di individuare la legge applicabile alle questioni che interessano la validità e gli effetti del lodo, nondimeno essa prevede quale possibile motivo di diniego del riconoscimento della decisione arbitrale l'annullamento della stessa nello Stato in cui ha avuto sede la procedura.

Con ciò non si vuole affatto sostenere che esista una sorta di legame ontologico tra la decisione arbitrale e l'ordinamento della sede della procedura. Tuttavia, ogni impostazione che pretenda individuare la sanzione legale del lodo in un diverso ordinamento (se non addirittura in fonti di origine non statuale) dovrà inevitabilmente misurarsi con l'approccio oggi prevalente nella pratica degli Stati e, pertanto, con tutte le possibili conseguenze che una diversa soluzione potrebbe comportare in punto di riconoscimento ed eseguibilità della decisione.

¹⁰⁵ Seppur con le non trascurabili eccezioni di cui si è detto, cfr. *supra*, nota 63. In ogni caso è opportuno rammentare che, nella logica liberale che caratterizza le moderne leggi arbitrali, gli Stati generalmente rinunciano a esercitare un controllo pervasivo dei lodi, limitandosi a verificare che siano stati rispettati l'equo processo e altri principi ritenuti fondamentali, cfr. sul punto L.G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato come sistema transnazionale*, cit., p. 13.

CAPITOLO VI

INADEGUATEZZA DELLE SOLUZIONI
PROSPETTATE DALLA PRASSI ARBITRALE
E DALLA DOTTRINA AL PROBLEMA DEL GIUDICATO
NEL PROCEDIMENTO ARBITRALE

SOMMARIO: 1. Il problema della *res judicata* nell'arbitrato commerciale internazionale. – 2. L'approccio alla teoria della *res judicata* nella pratica dei tribunali arbitrali. – 2.1. L'opzione a favore delle norme processuali di un ordinamento statale. – 2.2. L'applicazione dei principi della *res judicata* in assenza di un esplicito riferimento alle norme processuali di un ordinamento statale. – 2.3. La discrezionalità nell'individuazione dell'ambito di efficacia del giudicato. – 2.4. Considerazioni in merito all'approccio alla teoria della *res judicata* nella pratica dei tribunali arbitrali. – 3. Le soluzioni proposte dalla dottrina in merito all'operatività della teoria della *res judicata* nell'arbitrato commerciale internazionale. – 3.1. L'approccio conflittuale e l'individuazione delle norme processuali di origine statale applicabili in materia di giudicato. – 3.2. Approccio autonomo e sviluppo di regole transnazionali in materia di giudicato. – 3.2.1. Le linee guida proposte dalla «International Law Association». – 3.2.2. Lo sviluppo di regole transnazionali nella dottrina. In particolare, la necessità di un approccio autonomo al giudicato secondo S. Schaffstein. – 3.2.3. Criticità nell'adozione di un approccio autonomo in materia di giudicato. – 4. Alcune considerazioni conclusive in merito alle soluzioni prospettate dalla prassi arbitrale e dalla dottrina al problema del riconoscimento degli effetti di giudicato nel procedimento arbitrale.

1. *Il problema della res judicata nell'arbitrato commerciale internazionale*

Il fenomeno dell'arbitrato commerciale internazionale ha assunto nel tempo sempre maggior rilevanza, tanto da poter essere oramai riconosciuto

quale mezzo tipico per la risoluzione delle controversie commerciali transnazionali¹. Le relazioni commerciali di matrice internazionale si presentano spesso come fenomeni complessi, caratterizzati da fasci di rapporti obbligatori accomunati da una o più fonti negoziali; è, quindi, ben possibile che nell'esecuzione di un unico contratto sorga più di una controversia tra le stesse parti. Qualora le divergenze in parola siano risolte tutte all'interno di un medesimo procedimento e con un'unica decisione non si pongono questioni di giudicato. Al contrario, laddove la pluralità di contrasti si traduca in una molteplicità di procedimenti, la definizione dell'ambito di efficacia del giudicato all'interno della procedura arbitrale assume una sicura rilevanza pratica. In tali situazioni, infatti, l'organo giudicante sarà chiamato a identificare l'estensione degli effetti preclusivi e conclusivi prodotti dai provvedimenti emanati in occasione di un precedente giudizio.

Appare utile classificare le ipotesi in cui potrebbero sorgere questioni di giudicato nel corso della procedura arbitrale in ragione di tre distinte variabili².

In primo luogo, assume rilievo la natura della decisione fatta valere in giudizio dalle parti. Il tribunale arbitrale, infatti, potrebbe essere chiamato a valutare la portata preclusiva e conclusiva di: (a) una sentenza emanata da giudici statali; ovvero, (b) di un lodo arbitrale. Nel primo caso, si potrebbe trattare di una sentenza definitiva, ovvero di un provvedimento cautelare. Nel secondo caso, invece, si potrebbe trattare di un lodo definitivo, reso all'esito di un diverso procedimento arbitrale, oppure di un lodo parziale o provvedimento cautelare, reso nel corso della medesima procedura dagli stessi arbitri che si trovano a valutarne gli effetti di giudicato.

In secondo luogo, assume rilevanza il contenuto della sentenza o del lodo fatto valere in giudizio dalle parti. Tale precedente decisione potrebb-

¹ Ciò, come si è visto, a prescindere da una possibile qualificazione dell'arbitrato commerciale internazionale come ordinamento giuridico autonomo, ovvero – più semplicemente – come fenomeno sociale di rilevanze giuridica.

² Come evidenziato da attenta dottrina, infatti, «la question de l'autorité de la chose jugée dans l'arbitrage est en réalité un sujet à plusieurs entrées», cfr. C. SERAGLINI, *Le droit applicable à l'autorité de la chose jugée dans l'arbitrage*, cit., p. 54.

be, infatti, interessare: (1) la validità dell'accordo da cui scaturisce il potere degli arbitri di conoscere la controversia; (2) la medesima situazione soggettiva oggetto della domanda sottoposta alla cognizione del tribunale arbitrale; (3) un diritto soggettivo o un rapporto giuridico pregiudiziale o dipendente rispetto alla situazione soggettiva oggetto della domanda sottoposta alla cognizione del tribunale arbitrale; ovvero (4) una diversa situazione soggettiva per la cui decisione il giudice ha dovuto definire una questione di diritto o accertare una circostanza di fatto rilevante anche per la decisione della domanda sottoposta alla cognizione del tribunale arbitrale.

Un'ultima variabile che contribuisce a differenziare le ipotesi in cui può emergere una questione di giudicato nel corso della procedura arbitrale è la provenienza della decisione di cui il tribunale è chiamato a valutare l'ambito di efficacia. In particolare, occorrerà domandarsi se la decisione fatta valere in giudizio dalle parti promani (i) dal medesimo ordinamento giuridico entro cui opera il secondo tribunale arbitrale ovvero (ii) da un diverso ordinamento giuridico. A tali scopi, con tutta evidenza, assume rilievo decisivo la rappresentazione dell'arbitrato commerciale internazionale adottata dall'interprete. A mente della teoria che abbiamo definito come «territorialista» il tribunale arbitrale opera nell'ambito dell'ordinamento dello Stato in cui ha sede la procedura³. Di conseguenza, se si assume tale prospettiva, le sentenze rese dai giudici nazionali dello Stato della sede nonché i lodi arbitrali emanati da tribunali arbitrali aventi la medesima sede potrebbero considerarsi alla stregua di decisioni interne; le sentenze rese dalle autorità giurisdizionali di uno Stato diverso da quello in cui ha sede la procedura, nonché i lodi arbitrali emanati da tribunali non aventi la medesima sede dovrebbero, invece, qualificarsi come decisioni straniere. Al contrario, come abbiamo visto, nella prospettiva «autonomista»⁴ l'arbitrato commerciale internazionale costituisce un ordinamento giuridico autonomo e indipendente rispetto ai diversi ordinamenti nazionali, di modo che tutte le sentenze rese da giudici statali dovrebbero qualificarsi come decisioni straniere, mentre i lodi arbitrali internazionali si potrebbero sempre considerare come decisioni interne – cioè

³ Cfr. *supra*, capitolo V, al paragrafo 2.2.1.

⁴ Cfr. *supra*, capitolo V, al paragrafo 2.2.3.

appartenenti al medesimo ordinamento giuridico in cui opera anche il secondo tribunale arbitrale –, indipendentemente dal fatto che siano stati emanati da tribunali arbitrali costituiti in conformità al medesimo accordo arbitrale e aventi sede nel medesimo Stato, ovvero a seguito di una procedura con sede in un diverso ordinamento.

Se si considerano le molteplici possibili combinazioni delle variabili esaminate – natura (*a / b*), contenuto (1/2/3/4) e provenienza della decisione (*i / ii*) –, si comprende anche come non sia raro che sorgano questioni di giudicato nel corso del procedimento arbitrale⁵; in tali ipotesi gli arbitri saranno chiamati a individuare le norme applicabili al giudicato, cioè quelle regole che determinino le condizioni in cui alla decisione fatta valere in giudizio dalle parti possa essere accordata efficacia preclusiva e conclusiva, nonché l'estensione oggettiva e soggettiva dei suoi effetti. La definizione dell'ambito di efficacia del giudicato si presenta quindi come una problematica complessa, ma di sicura rilevanza per il corretto svolgimento della procedura.

2. *L'approccio alla teoria della res judicata nella pratica dei tribunali arbitrali*

Una volta appurato che la puntuale definizione dei limiti del giudicato nell'ambito della procedura arbitrale non si riduce a una questione d'interesse meramente teorico, ma assume al contrario una notevole rilevanza pratica, occorre interrogarsi circa le possibili soluzioni alle problematiche che emergono nell'individuazione della disciplina applicabile. A tale scopo, mette anzitutto conto esaminare i diversi approcci adottati nella pratica dai tribunali arbitrali, al fine di verificare se esista una soluzione generalmente condivisa a livello transnazionale, che affronti e risolva in modo soddisfacente le intricate questioni che sorgono nell'applicazione della teoria del giudicato nella procedura arbitrale.

⁵ Tuttavia, come specificato *infra*, capitolo VII, al paragrafo 1, non tutte le ipotesi individuate nel presente paragrafo richiedono l'applicazione della teoria della *res judicata*.

Non si possono nascondere le notevoli difficoltà che si riscontrano in una simile indagine, non foss'altro per la generale scarsità di fonti a disposizione. Tuttavia, tale impedimento è in un certo senso congenito allo strumento di risoluzione delle controversie in esame. Come noto, infatti, gli accordi arbitrali contengono spesso clausole che impegnano le parti e gli arbitri a uno stretto regime di confidenzialità. Anche laddove non sia previsto alcun obbligo di riservatezza, molto spesso, in ragione della natura privata dell'arbitrato, non vi è necessità alcuna di divulgare l'esito della lite⁶. Per tali ragioni, la pubblicazione dei lodi arbitrali è circostanza alquanto rara; più di frequente sono riportati dei semplici estratti della decisione che non consentono di cogliere appieno il ragionamento e il percorso argomentativo seguito dal tribunale arbitrale, specialmente con riferimento alla soluzione delle questioni di natura processuale.

Ad ogni buon conto, dall'analisi dei lodi disponibili non sembra emergere una pratica arbitrale coerente e generalmente condivisa che permetta di identificare con un ragionevole grado di certezza le norme applicabili alle questioni di giudicato che sorgono nel corso della procedura arbitrale⁷.

Come si vedrà, nella maggior parte dei casi gli arbitri hanno applicato le norme processuali di un ordinamento statale. In altri, invece, si è fatto ricorso ai principi generali del giudicato senza, tuttavia, far riferimento specifico ad un ordinamento giuridico statale. In un limitato numero di casi, poi, gli arbitri hanno rivendicato un certo margine di discrezionalità nella definizione dei limiti di efficacia di una precedente decisione. È, peraltro, opportuno evidenziare come, tra i lodi disponibili, non ve ne sia

⁶ È bene evidenziare, tuttavia, che alcune istituzioni arbitrali, tra cui in particolare la Corte internazionale di Arbitrato della Camera di Commercio Internazionale, si siano impegnate nel senso di una maggiore trasparenza e accessibilità dei lodi arbitrali. Cfr. *Nota alle parti e ai tribunali arbitrali sulla conduzione dell'arbitrato secondo il regolamento della Camera di Commercio Internazionale (ICC)* del 1 gennaio 2019, che prevede, di regola e salva indicazione contraria delle parti, la pubblicazione dei lodi arbitrali resi dopo l'1 gennaio 2019.

⁷ Dello stesso avviso, D. HASCHER, *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales*, in *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé*, 2004, p. 37; S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit., p. 15.

nemmeno uno che consideri gli effetti di una precedente sentenza nazionale all'interno della procedura arbitrale.

2.1. *L'opzione a favore delle norme processuali di un ordinamento statale*

Laddove si è fatto ricorso alle regole processuali di un ordinamento nazionale, nella maggior parte dei casi sono state applicate le norme dello Stato in cui aveva sede il tribunale arbitrale chiamato a valutare l'estensione oggettiva e soggettiva degli effetti del giudicato⁸. In realtà molto spesso, data la coincidenza tra la sede del primo e del secondo procedimento⁹, non è agevole comprendere a quale criterio di collegamento ab-

⁸ È questo l'orientamento tenuto dal tribunale arbitrale nei casi ICC 2745 e 2762/1977. La controversia originava dalla mancata esecuzione di un contratto di fornitura di acciaio, così come accertata in un primo procedimento arbitrale; l'inadempimento del fornitore principale, tuttavia, aveva provocato un effetto cascata su una serie di successivi contratti che coinvolgevano parti differenti, innescando così ulteriori contenziosi tra cui, per l'appunto, i procedimenti ICC 2745 e 2762, poi riuniti in un'unica procedura. Il tribunale arbitrale, chiamato a valutare i limiti di efficacia del primo lodo, ha ritenuto sicuramente applicabili le norme processuali francesi, poiché le parti avevano individuato quale sede della procedura Parigi e, così facendo, avevano implicitamente optato per l'applicazione delle norme processuali dell'ordinamento francese. Cfr. S. JARVIN, Y. DERAINS, *Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*, Paris, 1990, p. 325 ss. Soluzione identica è stata adottata anche nel lodo ICC n. 3540/1980 – dove il tribunale arbitrale ha optato per l'applicazione delle norme processuali del cantone di Ginevra, ove aveva sede la procedura, cfr. D. HASCHER, *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales*, cit., pp. 18-19 –, nel caso ICC n. 5901/1989 – dove il tribunale arbitrale, pur ammettendo che non esiste il concetto di *lex fori* dell'arbitrato, ha applicato le regole francesi in materia di giudicato, cfr. D. HASCHER, *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales*, cit., p. 19; H.A. GRIGERA NAÓN, *Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration*, in *Recueil des Cours*, 289, 2001 –, nel lodo ICC n. 10574/2000 – dove il tribunale ha dato esclusivo rilievo alle regole processuali inglesi in cui aveva sede la procedura – e nel lodo ICC 13507 – dove il tribunale arbitrale ha applicato le regole sul giudicato previste dall'ordinamento spagnolo, cfr. A. VAN DEN BERG (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XXXV, 2010, pp. 158-167.

⁹ Circostanza abbastanza normale laddove le procedure si fondino sul medesimo accordo arbitrale. Cfr. lodo ICC n. 7438/1997, riportato in D. HASCHER, *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales*, cit., pp. 18-19; lodo CRCICA n. 67/1995 – dove si è fatto ricorso alla legge egiziana, che, peraltro, era anche la legge applicabile al merito

bia fatto ricorso il tribunale arbitrale. In simili circostanze, infatti, non è chiaro se gli arbitri abbiano applicato le regole sul giudicato dell'ordinamento statale in questione in quanto *lex arbitri* del primo o del secondo procedimento. Più realisticamente si potrebbe ritenere che la coincidenza delle sedi abbia rafforzato il convincimento del tribunale arbitrale circa la necessità di applicare le norme processuali in materia di *res judicata* di detto ordinamento.

In un limitato numero di casi, poi, gli arbitri hanno fatto ricorso alle norme processuali sul giudicato previste dalla legge applicabile al merito della controversia¹⁰, ovvero dall'ordinamento espressamente indicato dalle parti¹¹.

Particolarmente rilevanti sono due lodi, nei quali i rispettivi tribunali arbitrali hanno espressamente escluso la possibilità di adottare un appoggio autonomo – suggerito da strumenti di carattere transnazionale, come le «ILA Recommendations on Res Judicata and Arbitration»¹², di cui si dirà più dettagliatamente nel prosieguo della trattazione – nella determinazione degli effetti conclusivi e preclusivi di una precedente decisione arbitrale, ritenendo, piuttosto, di dover applicare le norme processuali dell'ordinamento statale in cui avevano sede le rispettive procedure.

Il primo caso riguarda un lodo reso all'esito di un arbitrato *ad hoc*, condotto secondo le regole UNCITRAL. La procedura arbitrale, che coinvolgeva un attore di nazionalità statunitense e un convenuto di nazio-

della controversia – riportato in S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit., p. 153, spec. nota 215.

¹⁰ Cfr. lodo ICC n. 6293/1990, riportato da D. HASCHER, *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales*, cit., p. 20. Anche se in questo caso, come evidenziato da Hascher, il tribunale ha ritenuto che la forza di giudicato del precedente lodo derivasse dal regolamento arbitrale ICC.

¹¹ Cfr. lodo ICC n. 10027/2000, riportato da D. HASCHER, *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales*, cit., p. 20. In questo caso, il tribunale, pur manifestando una preferenza per la qualificazione del giudicato come questione procedurale, ha comunque applicato la legge indicata dalle parti, nello specifico la legge dello stato di New York.

¹² INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Recommendations on Res Judicata and Arbitration*, Resolution no. 1/2006, Annex 2. Per una trattazione più approfondita, cfr. *infra*, in questo capitolo, al paragrafo 3.2.1.

nalità russa, aveva sede a Stoccolma; la legge applicabile al merito della controversia era la legge svedese. Il convenuto sollevava eccezione di giudicato con riguardo alle domande formulate dall'attore, asseritamente già oggetto di un precedente arbitrato tra le medesime parti. Secondo la prospettiva di parte convenuta, gli arbitri avrebbero dovuto adottare un approccio autonomo e valutare l'efficacia preclusiva del primo lodo alla luce delle regole transnazionali in materia di giudicato sviluppate dalla pratica arbitrale e dalla *International Law Association*, senza far riferimento alle norme processuali svedesi. Il tribunale arbitrale, invece, ha ritenuto che: «The fact that the Swedish legislator has chosen not to introduce any specific statutory rules in the legislation dealing with arbitration, but allowed practice to develop on the basis of general rules of procedure applicable in Sweden, does not allow the observer, or the Tribunal, to overlook supplementary sources of law in the arbitration context, in particular, the principles adopted by the Code of Judicial Procedure, and developed by case law and academic authorities. [...] Before leaving this subject, the Tribunal needs to say a word about the ILA Recommendation. This is a forward-looking document aiming to introduce changes in international law and practice. There is no indication that it has been made part of Swedish law. The Tribunal holds that it is bound to apply Swedish rather than international principles of *res judicata* applicable in international commercial arbitration»¹³.

Nel caso ICC n. 13808/2008¹⁴, il tribunale arbitrale, nel definire l'ambito di efficacia di un precedente lodo, ha ritenuto di dover applicare le norme processuali francesi, in ragione del fatto che tanto la prima quanto la seconda procedura arbitrale – avendo entrambe sede a Parigi – dovessero ritenersi parte dell'ordinamento giuridico francese. In particolare, gli arbitri non hanno ritenuto convincenti le argomentazioni avanzate da taluni autori in merito alla possibilità di adottare un approccio autonomo e transnazionale alle questioni di *res judicata*. Con riferimento, poi, alle *ILA Recommendations*, il tribunale arbitrale ha evidenziato come, in as-

¹³ Lodo non pubblicato, riportato da K. HOBÉR, *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*, cit., pp. 261-262.

¹⁴ Lodo non pubblicato, riportato in L. RADICATI DI BROZOLO, *Res Judicata*, cit., pp. 139-140.

senza di espressa indicazione delle parti – e sempre ammesso che l'autonomia privata possa definire il regime legale dell'efficacia preclusiva e conclusiva di una decisione¹⁵ –, queste ultime non potessero sicuramente trovare applicazione, in quanto mere raccomandazioni, sprovviste di qualsivoglia efficacia giuridica vincolante.

In definitiva, nei diversi casi passati in rassegna, gli arbitri hanno dimostrato una chiara preferenza per le norme processuali di origine statale, la cui applicazione, il più delle volte, è stata motivata unicamente in ragione del rapporto che lega la procedura arbitrale alla sede dell'arbitrato. Al contrario, è stato considerato inopportuno un approccio autonomo alle problematiche del giudicato, ritenendo che le regole sviluppate a livello transnazionale fossero prive di un'efficacia normativa vincolante.

2.2. *L'applicazione dei principi della res judicata in assenza di un esplicito riferimento alle norme processuali di un ordinamento statale*

In taluni casi il tribunale arbitrale ha fatto ricorso ai principi generali in materia di *res judicata*, senza però indicare espressamente quali fossero le norme processuali utili ai fini di una valutazione dell'efficacia preclusiva e conclusiva delle decisioni fatte valere in giudizio.

Tale approccio può essere apprezzato anzitutto nel lodo ICC n. 7061/1997¹⁶. La controversia sottoposta alla cognizione del tribunale arbitrale originava da una relazione commerciale complessa, che coinvolgeva diverse parti, le quali avevano concluso una pluralità di contratti di fornitura tra loro collegati. Il tribunale arbitrale era chiamato a stabilire la validità del contratto stipulato dai soggetti in causa, in ragione dell'asserito dolo di una delle parti. In un procedimento parallelo – avente a oggetto un diverso contratto di fornitura, ma concluso all'interno della medesima relazione commerciale complessa – un primo tribunale arbitrale aveva annullato il contratto, riconoscendo il dolo di una delle parti. Il secondo tribunale arbitrale, chiamato a valutare gli effetti di giudicato del

¹⁵ Cfr. *infra*, capitolo VII, al paragrafo 3.2.

¹⁶ Lodo non pubblicato, riportato in B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, cit., pp. 252-253.

primo lodo, escludeva l'efficacia preclusiva e conclusiva dello stesso, in ragione del fatto che la decisione interessava un diverso rapporto contrattuale e, soprattutto, perché le parti in causa nelle due procedure non erano le stesse.

Nel caso ICC n. 6363/1991¹⁷ il tribunale arbitrale era chiamato a giudicare una controversia concernente il pagamento di *royalties* derivanti da un contratto di licenza per lo sfruttamento del *know-how* nella costruzione e gestione di un impianto di depurazione delle acque di scarico in uno Stato del Medio Oriente. In un primo procedimento tra l'appaltatore e una società cui il titolare dei diritti di proprietà intellettuale aveva affidato la gestione degli accordi di licenza in vigore nella regione dell'Asia mediorientale, condotto di fronte alle autorità amministrative dello Stato in cui era situato l'impianto di depurazione, non era stata riscontrata alcuna violazione del contratto in oggetto. Il tribunale arbitrale, pur riconoscendo alla decisione resa dall'autorità amministrativa la qualità di provvedimento giurisdizionale, individuava quali condizioni per la produzione di effetti preclusivi l'identità di parti, *petitum* e *causa petendi* tra i due procedimenti; nello specifico, gli arbitri riscontravano come le parti in causa non fossero gli stessi soggetti che avevano preso parte al procedimento condotto di fronte all'autorità amministrativa e, di conseguenza, rigettava l'eccezione di giudicato.

Nei due casi considerati i rispettivi tribunali arbitrali hanno valutato la portata preclusiva delle precedenti decisioni senza indicare le specifiche norme processuali applicabili al giudicato, ma facendo ricorso, più semplicemente, ai principi generali della *res judicata*. In effetti, tale soluzione – sicuramente più semplice e meno onerosa in termini argomentativi – è apparsa percorribile alla luce della non particolare complessità delle questioni sollevate; in fondo in entrambi i casi si trattava di valutare la sussistenza di uno dei requisiti fondamentali della teoria del giudicato, ovvero la identità delle parti in causa. Non vi è, infatti, disciplina processuale del giudicato che non preveda l'identità dei soggetti coinvolti nei due procedimenti quale condizione essenziale per la produzione di effetti preclusivi¹⁸. Difficil-

¹⁷ Cfr. A.J. VAN DEN BERG (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XVII, 1992, pp. 186-211.

¹⁸ Anche se, come si è visto, gli ordinamenti di tradizione anglosassone ampliano no-

mente il ricorso ai principi generali in tema di *res judicata* potrebbe tornare utile nella soluzione di problematiche più complesse, quale, ad esempio, l'estensione oggettiva degli effetti preclusivi del giudicato alle motivazioni del provvedimento giurisdizionale.

2.3. *La discrezionalità nell'individuazione dell'ambito di efficacia del giudicato*

In diversi casi gli arbitri hanno assunto un approccio più flessibile nella valutazione degli effetti preclusivi e conclusivi riconducibili a una precedente decisione, rivendicando un certo margine di discrezionalità nell'individuazione delle norme processuali applicabili al giudicato.

Nel caso ICC n. 3267/1984, il tribunale arbitrale ha ritenuto che gli effetti preclusivi di una precedente decisione non si potessero limitare al contenuto del dispositivo della stessa, ma dovessero, invece, estendersi anche alla *ratio decidendi* del provvedimento fatto valere in giudizio dalle parti¹⁹.

In un diverso caso, al tribunale arbitrale era chiesto di interpretare il contenuto di due precedenti lodi. In tale occasione, gli arbitri hanno considerato inopportuno ogni riferimento alle norme dell'ordinamento statale in cui aveva sede la procedura. Nel ragionamento del tribunale, infatti, l'accordo arbitrale era diretto a escludere la competenza delle corti nazionali – e, di conseguenza, l'applicazione del diritto processuale di uno specifico ordinamento statale – tanto nella decisione della controversia quanto nella valutazione del contenuto di una precedente decisione²⁰.

tevolmente l'ambito di applicazione del giudicato facendo ricorso alla nozione di *privity*, cfr. *supra*, capitolo II, al paragrafo 4.2.1.

¹⁹ S. JARVIN, Y. DERAIS, *Collection of ICC Arbitral Awards (1986-1990)*, Paris, 1994, pp. 43-45.

²⁰ Caso ICC n. 6233/1992, riportato in D. HASCHER, *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales*, cit., p. 21. Sebbene il caso in esame non riguardasse direttamente gli effetti di giudicato delle due precedenti decisioni, secondo Hascher l'affermazione di una regola autonoma per l'interpretazione dei lodi arbitrali implica che anche la portata preclusiva e conclusiva degli stessi debba essere valutata indipendentemente dalle norme processuali di uno specifico ordinamento statale.

Ancor più esplicito è il ragionamento del tribunale arbitrale nel procedimento ICC n. 13509²¹. In tale occasione, l'attore invocava un precedente lodo, reso all'esito di un procedimento in cui aveva preso parte il convenuto. Sebbene la sede di entrambe le procedure fosse localizzata in Francia e la legge di detto ordinamento fosse applicabile al merito della controversia, gli arbitri rivendicavano ampi margini di autonomia della determinazione degli effetti preclusivi del giudicato. Secondo il ragionamento del tribunale arbitrale, infatti, le norme processuali francesi – lungi dall'essere giuridicamente vincolanti – venivano in rilievo come mera fonte di ispirazione. Di conseguenza, nell'individuazione delle «*règles matérielles*» autonome applicabili al giudicato²², il tribunale arbitrale non attribuiva peso decisivo a «*le détail des règles françaises*», ma unicamente ai principi fondamentali dell'ordinamento in questione.

In sintesi, nei casi passati in rassegna²³, gli arbitri hanno rifiutato – perlopiù in modo implicito – un'applicazione meccanica delle norme processuali statali in materia di giudicato, ritenendo che la soluzione delle problematiche relative al funzionamento della teoria della *res judicata* all'interno della procedura arbitrale imponesse un approccio autonomo nel-

²¹ Cfr. *Journal du droit international*, 2008, p. 1204 ss.

²² Peraltro, come osserva Radicati di Brozolo, il ricorso al concetto di «*règles matérielles*» da parte degli autori d'oltralpe molto spesso non individua un insieme di norme autonome, generalmente riconosciute a livello internazionale, ma unicamente la visione francese del contenuto (o di quello che dovrebbe essere il contenuto) di tali regole. Cfr. L. RADICATI DI BROZOLO, *Res Judicata*, cit., p. 142.

²³ Un approccio autonomo ai problemi del giudicato può essere individuato anche nel lodo ICC n. 3383/1979, dove il tribunale ha ritenuto che un precedente lodo arbitrale dovesse essere considerato definitivo e vincolante fintanto che non fosse stato annullato dalle autorità giurisdizionali dello Stato in cui aveva avuto sede la procedura e, di conseguenza, aveva ritenuto che esulasse dalla sua giurisdizione una valutazione circa la validità dello stesso, cfr. S. JARVIN, Y. DERAIS, *Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*, cit., e nel lodo ICC n. 4126/1984, dove il tribunale arbitrale ha rigettato una domanda volta a ottenere un provvedimento cautelare, sul presupposto che la precedente decisione resa da un giudice statale, sebbene tra parti diverse, dovesse ritenersi vincolante salvo un oggettivo mutamento delle circostanze, cfr. *ibidem*. In entrambi i casi, infatti, i rispettivi tribunali arbitrali non hanno fatto riferimento ad alcuna norma processuale statale, ma hanno ricavato le regole applicabili in materia di giudicato dai principi fondamentali dell'arbitrato commerciale internazionale.

l'individuazione delle regole utili a delimitare l'estensione oggettiva e soggettiva degli effetti del giudicato.

2.4. Considerazioni in merito all'approccio alla teoria della res judicata nella pratica dei tribunali arbitrali

Dall'esame della pratica dei tribunali arbitrali emerge un quadro estremamente frammentato, che non consente di ricavare un insieme coerente di principi utili all'individuazione delle norme applicabili al giudicato all'interno della procedura arbitrale.

Come detto, in molti casi i tribunali arbitrali hanno preferito applicare le norme processuali dello Stato della sede della procedura arbitrale nell'ambito della quale si volevano far valere gli effetti di giudicato della precedente decisione; ciò è avvenuto soprattutto nei casi in cui la controversia o la procedura presentavano uno stretto collegamento con l'ordinamento in questione. In altre ipotesi, invece, i tribunali arbitrali hanno adottato un approccio più flessibile, considerando non opportuna un'applicazione rigorosa di norme processuali di origine statale, concepite e sviluppate per risolvere le problematiche del giudicato all'interno del contenzioso civile domestico.

Le incertezze sono alimentate anche dal fatto che nella maggior parte dei casi non è possibile ricostruire compiutamente il percorso argomentativo che ha portato gli arbitri a preferire l'applicazione di norme processuali di origine statale, ovvero l'adozione di un approccio autonomo. Oltre alle ragioni che abbiamo illustrato in apertura di paragrafo, infatti, le scelte operate dai tribunali arbitrali appaiono perlopiù giustificate da motivazioni alquanto concise e per certi aspetti tautologiche, quali, ad esempio, l'indiscutibile rilevanza delle norme processuali della sede dell'arbitrato, ovvero – in senso opposto – l'asserita indipendenza del procedimento arbitrale dalle regole previste negli ordinamenti statali. Ciò non stupisce, se si considera che il dovere degli arbitri è anzitutto quello di risolvere le specifiche vertenze sottoposte alla loro cognizione e non, invece, quello di enunciare principi giuridici di portata generale. Il che non esime, tuttavia, l'interprete dal compito di individuare l'approccio più adeguato nella determinazione delle norme applicabili al giudicato all'interno della procedura arbitrale.

3. *Le soluzioni proposte dalla dottrina in merito all'operatività della teoria della res judicata nell'arbitrato commerciale internazionale*

Lo studio del funzionamento della teoria della *res judicata* nell'arbitrato commerciale internazionale è stato oggetto di grande attenzione da parte della dottrina nel corso degli ultimi decenni. Ciò è dimostrato non soltanto dalla copiosa mole di letteratura giuridica in materia²⁴, quanto

²⁴ R.G. SHELL, *Res Judicata and Collateral Estoppel Effects of Commercial Arbitration*, cit.; R.W. HULBERT, *Arbitral Procedure and the Preclusive Effect of Awards in International Commercial Arbitration*, in *Intl. Tax B. Lawyer*, 1989, 7, p. 155 ss.; P. SANDERS, *Rethinking Arbitral Preclusion*, in *Law and Policy in International Business*, 1992, p. 101 ss.; V. LOWE, *Res Judicata and the Rule of Law in International Arbitration*, in *African J. Intl. Com. L.*, 1996, p. 38 ss.; B. HANOTIAU, *Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues – An Analysis*, in *J. Intl. Arb.*, 2001, 18, 3, p. 253 ss.; D. HOWELL, *Issue Estoppel Arising out of Foreign Interlocutory Court Proceedings in International Arbitration*, in *J. Intl. Arb.*, 2003, 20, 2, p. 153 ss.; D. HASCHER, *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales*, cit.; P. MAYER, *Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international*, cit.; S.P. WOOLHOUSE, *The Effect of an Arbitration Award on Subsequent Arbitration between Different Parties: an English Law Perspective*, in *Intl. Arb. L. Rev.*, 2004, 7, 5, p. 150 ss.; B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, cit.; M. BEELEY, H. SERIKI, *Res judicata: recent developments in arbitration*, in *Intl. Arb. L. Rev.*, 2005, p. 111 ss.; A. SHEPPARD, *Res Judicata and Estoppel*, in B.M. CREMADES SANZ-PASTOR, J.D.M. LEW (a cura di), *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, vol. 3, The Hague, 2005, p. 219 ss.; C. SÖDERLUND, *Lis Pendens, Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings*, in *J. Intl. Arb.*, 2005, 22, 4, p. 301 ss.; J. WONG, *Court or Arbitrator: Who Decides Whether Res Judicata Bars Subsequent Arbitration under the Federal Arbitration Act*, in *Santa Clara L. Rev.*, 2005, 46, 1, p. 49 ss.; C. SERAGLINI, *Brèves remarques sur les Recommandations de l'Association de Droit International sur la litispendance et l'autorité de la chose jugée en arbitrage*, in *Rev. arb.*, 2006, p. 909 ss.; R.D. GORDON, *Only One Kick at the Cat: a Contextual Rubric for Evaluating Res Judicata and Collateral Estoppel in International Commercial Arbitration*, in *Florida J. Intl. L.*, 2006, p. 549 ss.; N. GALLAGHER, *Parallel Proceedings, Res Judicata and Lis Pendens: Problems and Possible Solutions*, cit.; D. BENSUADE, *The International Law Association's Recommendations on Res Judicata and Lis Pendens in International Commercial Arbitration*, in *J. Intl. Arb.*, 2007, 24, 4, p. 415 ss.; F. KREMSLEHNER, *The Arbitration Procedure – Lis pendens and res judicata in International Commercial Arbitration*, in G. ZEILER, I. WELSER (a cura di), *Austrian Arbitration Yearbook*, Wien, 2007, p. 127 ss.; R. ALFORD, *The «Transnational Approach» of*

altresì dallo studio condotto dal comitato per l'arbitrato commerciale internazionale della *International Law Association*, culminato nel 2006 nella

the ILA Recommendations on Res Judicata and Arbitration, in *Kluwer Arbitration Blog*, 25 luglio 2009; F. SPOORENBERG, J.E. VIÑUALES, *Conflicting Decisions in International Arbitration*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2009, 8, p. 91 ss.; M. TEMBOURY REDONDO, *Preliminary Judgments, Lis Pendens and Res Judicata in Arbitration Proceedings*, in M.Á. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, D. ARIAS (a cura di), *Liber Amicorum Bernard Cremades*, Madrid, 2010, p. 1131 ss.; E. LOQUIN, *De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 2, 2010, p. 201 ss.; J.M. WESTERLIND, *The preclusive effect of arbitration awards*, in *Mealey's Litigation Report*, 2010, 21, 8, pp. 1-8; L. RADICATI DI BROZOLO, *Res Judicata*, cit.; C. ROOD, *Conflicts of Procedure Between Courts and Arbitral Tribunals with Particular Reference to the Right of Access to Court*, in *African J. Intl. Com. L.*, 2011, p. 236 ss.; P.J. MARTINEZ-FRAGA, H.J. SAMRA, *The Role of Precedent in Defining Res Judicata in Investor-State Arbitration*, in *Northwestern Jour. Intl. L. B.*, 2012, p. 419 ss.; P.J. MARTINEZ-FRAGA, *Adán, ¿No te apetece dar un segundo mordisco a la manzana?: Revisando la necesidad de uniformizar la aplicación del principio de cosa juzgada (res judicata) en el arbitraje comercial y de inversiones*, in *Arbitraje*, 2012, p. 357 ss.; G.L. WALTERS, *Fitting a Square Peg into a Round Hole Do Res Judicata Challenges in International Arbitration Constitute Jurisdictional or Admissibility Problems?*, in *J. Intl. Arb.*, 2012, p. 651 ss.; P. MAYER, *Conflicting Decisions in International Commercial Arbitration*, in *J. Intl. Dispute Settlement*, 2013, 4, 2, p. 407 ss.; A.C. HAHN, *The Award and the Courts, Res Judicata as a Challenge for Arbitral Tribunals*, in C. KLAUSEGGER, P. KLEIN (a cura di), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Wien, 2014, p. 329 ss.; R. NAZZINI, *Remedies at the Seat and Enforcement of International Arbitral Awards: Res Judicata, Issue Estoppel and Abuse of Process in English Law*, in *Arb. J.*, 2014, p. 139 ss.; R. NAZZINI, *Consistency and divergence in international arbitration: evolutionary reflections on res judicata and abuse of process under the New York Convention: the fourth annual CIARB Roebuck lecture*, in *Arbitration*, 2014, p. 273 ss.; K. HOBÉR, *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*, cit.; B. BERGER, *No Force of Res Judicata for an Award's Underlying Reasoning*, in *ASA Bulletin*, 3, 2015, p. 642 ss.; T. CHILDS, *Enforcement of International Arbitral Awards: Should a Party Be Allowed Multiple Bites at the Apple?*, in *American Rev. Intl. Arb.*, 2015, p. 269 ss.; V.N GHOSH, *An uncertain shield: res judicata in arbitration*, in *Arbitration International*, 2015, p. 661 ss.; K.S. HARISANKAR, *Annulment versus enforcement of international arbitral awards: does the New York Convention permit issue estoppel?*, in *Intl. Arb. L. Rev.*, 2015, 18, 3, p. 47 ss.; S. SIME, *Res judicata and ADR*, in *CJQ*, 2015, 34, 1, p. 35 ss.; N. VOSER, J. RANEDA, *Recent Developments on the Doctrine of Res Judicata in International Arbitration from a Swiss Perspective: A Call for a Harmonized Solution*, in *ASA Bulletin*, 2015, 4, p. 742 ss.; S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit.; C. SE-RAGLINI, *Le droit applicable à l'autorité de la chose jugée dans l'arbitrage*, cit.; P. CALLÉ,

pubblicazione di una serie di raccomandazioni per la determinazione degli effetti preclusivi e conclusivi dei lodi nell'arbitrato commerciale internazionale.

Dall'analisi delle diverse teorie formulate dagli interpreti sembra possibile ricavare due distinte correnti di pensiero²⁵. Nello specifico, una dottrina minoritaria afferma la necessità di identificare una norma di conflitto che individui le regole processuali di fonte statale applicabili in materia di giudicato. Di diverso avviso, invece, è la dottrina maggioritaria che predilige un approccio autonomo nella definizione dell'ambito di efficacia delle decisioni fatte valere all'interno della procedura arbitrale. A tale scopo, come si vedrà, alcuni autori si sono cimentati nell'elaborazione di regole transnazionali dirette a risolvere le problematiche sollevate dalla teoria del giudicato nell'arbitrato commerciale internazionale²⁶. Come si avrà mo-

L'autorité de la chose jugée et les tiers, in *Rev. arb.*, 2016, p. 77 ss.; C. DÉBOURG, *L'autorité de chose jugée des décisions relatives à la compétence arbitrale*, in *Rev. arb.*, 2016, p. 127 ss.; C. JARROSSON, *L'autorité de chose jugée des décisions relatives à l'indépendance des arbitres*, in *Rev. arb.*, 2016, p. 165 ss.; S. BOLLÉE, L.G. RADICATI DI BROZOLO, M. SCHERER, B. ZAJDELA, *Table Ronde: l'autorité de chose jugée des décisions relatives au contrôle des sentences*, in *Rev. arb.*, 2016, p. 183-217; P. PINSOLLE, S. AL ALI, *How Arbitrators Should Treat Prior Awards Rendered on the Same Contract*, in *Indian J. Arb. L.*, 2016, V, 2, p. 43-54; P. HOVAGUIMIAN, *The Res Judicata Effects of Foreign Judgments in Post-Award Proceedings: To Bind or Not to Bind?*, in *J. Intl. Arb.*, 2017, 34, 1, p. 79 ss.; N. YAFFE, *Transnational Arbitral Res Judicata*, in *J. Intl. Arb.*, 2017, 34, 5, p. 795 ss.; N. ZAUGG, *Objective scope of res judicata of arbitral awards – Is there room for discretion?*, in *ASA Bulletin*, 2017, 2, p. 319 ss.

²⁵ L'unico dato incontrovertibilmente accettato dall'unanimità della dottrina è che la teoria della *res judicata* debba (in qualche modo) trovare applicazione anche all'interno della procedura arbitrale. Cfr. *ex multis* R.W. HULBERT, *Arbitral Procedure and the Preclusive Effect of Awards in International Commercial Arbitration*, cit., p. 191; R.D. GORDON, *Only One Kick at the Cat: a Contextual Rubric for Evaluating Res Judicata and Collateral Estoppel in International Commercial Arbitration*, cit., p. 572 ss. Ciò, peraltro, appare coerente con quanto evidenziato nel capitolo I, dove si è definito il giudicato come attributo necessario e irrinunciabile dell'esercizio dell'attività giurisdizionale, cfr. *supra*, capitolo I, al paragrafo 1.

²⁶ Un terzo approccio, in linea teorica, potrebbe suggerire l'adozione di una prospettiva comparatistica, che si traduca nell'applicazione dei principi generalmente accolti dai sistemi giuridici nazionali in materia di *res judicata*. Tuttavia, come si è visto nel capitolo II, i punti di contatto tra le diverse discipline sono davvero molto limitati, di modo

do di apprezzare, le due posizioni appena menzionate si fondano su premesse dogmatiche profondamente differenti, non soltanto con riguardo alla qualificazione della teoria della *res judicata*, quanto soprattutto con riferimento alla caratterizzazione del fenomeno arbitrale.

Si rende allora opportuno analizzare sinteticamente le posizioni espresse dalla dottrina, evidenziando in particolare le criticità che giustificano la necessità di individuare una diversa via per la soluzione delle problematiche che emergono nel riconoscimento degli effetti del giudicato all'interno della procedura arbitrale.

3.1. *L'approccio conflittuale e l'individuazione delle norme processuali di origine statale applicabili in materia di giudicato*

Secondo una dottrina minoritaria – che il più delle volte non sembra spingersi oltre alla mera attestazione dell'approccio comunemente adottato dai tribunali arbitrali²⁷ – l'estensione degli effetti preclusivi e conclusivi di una precedente decisione all'interno della procedura arbitrale non può che essere regolata da norme processuali di fonte statale. Nello speci-

che l'adozione di un simile approccio recherebbe poca utilità, poiché non fornirebbe soluzione a numerose problematiche, quale ad esempio la possibilità o meno di estendere gli effetti preclusivi del giudicato alle motivazioni del provvedimento giurisdizionale. Cfr. sul punto P. MAYER, *Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international*, cit.

²⁷ K. HOBÉR, *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*, cit., p. 258 ss.; R. ALFORD, *The «Transnational Approach» of the ILA Recommendations on Res Judicata and Arbitration*, cit.; A.C. HAHN, *The Award and the Courts, Res Judicata as a Challenge for Arbitral Tribunals*, cit.; N. ZAUGG, *Objective scope of res judicata of arbitral awards – Is there room for discretion?*, cit.; L. MELCHIONDA, C. CARRARA, *Gli effetti dei lodi arbitrali e l'acquisto dell'efficacia esecutiva*, in M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale*, Padova, 2017, p. 1184 (anche se, in questo caso gli autori non escludono la possibilità di adottare un approccio più flessibile). Taluni autori, sebbene sostengano la necessità di adottare un approccio autonomo e auspichino l'elaborazione di regole transnazionali in materia di *res judicata*, affermano come allo stato dell'arte i tribunali arbitrali non possano che applicare norme processuali di fonte statale, cfr. A. SHEPPARD, *Res Judicata and Estoppel*, cit., p. 231; C. SERAGLINI, *Le droit applicable à l'autorité de la chose jugée dans l'arbitrage*, cit., p. 75.

fico, le regole applicabili al giudicato potrebbero essere ricavate alternativamente:

1. dalla *lex arbitri* del procedimento arbitrale in cui è invocata una precedente decisione;
2. dalla *lex arbitri* o *lex fori* del procedimento al cui esito è stata resa la decisione fatta valere in giudizio dalle parti;
3. dalla *lex contractus*; oppure
4. dalla legge applicabile all'accordo arbitrale²⁸.

In altre parole, la definizione dell'ambito di efficacia di una precedente decisione solleva un problema di coordinamento tra le diverse discipline nazionali che potrebbero teoricamente venire in rilievo. Da qui la necessità di individuare la norma di conflitto più adeguata, che rinvii alle norme processuali applicabili.

Gli interpreti che riconoscono la validità dell'approccio conflittuale sembrano propendere per l'applicazione delle norme processuali dell'ordinamento giuridico della sede della procedura arbitrale in cui è fatta valere una precedente decisione²⁹. A titolo di esempio, laddove nel corso di una procedura arbitrale con sede in Italia fosse fatto valere un lodo reso da un tribunale arbitrale con sede a Zurigo, al fine di valutare l'ambito di efficacia della precedente decisione gli arbitri sarebbero chiamati ad applicare le norme processuali dell'ordinamento italiano. Allo stesso modo, laddove di fronte al medesimo tribunale arbitrale fosse fatta valere una sentenza resa dal giudice inglese, l'estensione degli effetti preclusivi e conclusivi della decisione dovrebbe comunque essere determinata alla luce delle norme processuali italiane sul giudicato.

²⁸ Secondo Hobér, un'ulteriore alternativa potrebbe essere rappresentata dalla *lex fori* del procedimento arbitrale. Senza voler entrare nel dibattito circa la possibilità di individuare una *lex fori* nell'arbitrato commerciale internazionale – il che solleva numerose problematiche, in parte già affrontate nel capitolo V –, appare più opportuno far riferimento alla nozione di *lex loci arbitri*.

²⁹ Con l'eccezione di Hobér, secondo cui: «[T]here is no international rule of international arbitration dealing with res judicata. (...) There are no international conventions or treaties dealing with res judicata. Existing case law does not present a clear picture. In fact, it is possible that different laws may be applicable to different aspects of res judicata». Cfr. K. HOBÉR, *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*, cit., p. 287.

Al pari di quanto si è visto con riferimento alla pratica dei tribunali arbitrali, le argomentazioni a sostegno di tale opzione sono alquanto succinte e si fondano sul postulato della necessaria applicazione delle norme processuali della *lex loci arbitri*³⁰.

Anzitutto, mette conto evidenziare che tale soluzione si fonda sulla qualificazione del giudicato come questione di natura processuale. Secondo la ricostruzione in esame, benché gli effetti del provvedimento giurisdizionale incidano anche sul piano sostanziale dei rapporti giuridici in essere tra le parti, il giudicato – tanto nella sua dimensione negativa quanto in quella positiva – produce anzitutto un vincolo di natura processuale, giacché preclude al secondo giudice la cognizione di quanto già deciso nel precedente procedimento³¹. Per tale ragione, sembra corretto escludere l'applicabilità della *lex contractus*.

Allo stesso modo – fatto salvo il caso, invero alquanto improbabile, in cui le parti abbiano specificato al momento della conclusione dell'accordo arbitrale gli effetti preclusivi e conclusivi che devono essere attribuiti

³⁰ R. ALFORD, *The «Transnational Approach» of the ILA Recommendations on Res Judicata and Arbitration*, cit.; secondo Sheppard, invece, pur essendo in linea teorica più corretta l'adozione di un approccio autonomo, «the arbitral tribunal – as law and practice stand today – must apply the *res judicata* rules of the place of arbitration», cfr. A. SHEPPARD, *Res Judicata and Estoppel*, cit., p. 231; allo stesso modo Seraglini – nell'attesa che si sviluppino delle norme transnazionali in tema di *res judicata* – ritiene che il tribunale arbitrale debba applicare le regole sul giudicato dell'ordinamento della sede, adattandole alle specificità dell'arbitrato, cfr. C. SERAGLINI, *Le droit applicable à l'autorité de la chose jugée dans l'arbitrage*, cit., p. 75; anche Mayer – che pure è molto critico nei confronti del metodo conflittuale – ritiene appropriata l'applicazione delle norme processuali della *lex loci arbitri* nel caso in cui il primo e il secondo procedimento abbiano sede nel medesimo ordinamento, in particolare: «[cette solution] devrait être adoptée même si les intérêts du commerce international sont mis en jeu dans le litige, cette circonstance n'étant pas de nature à contrebalancer la force d'attraction de la loi du siège commun aux deux tribunaux», cfr. P. MAYER, *L'autorité de chose jugée des sentences entre les parties*, in *Rev. arb.*, 2016, p. 104.

³¹ *Contra* cfr. S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit., pp. 180-182. Come abbiamo visto *supra* capitolo I, al paragrafo 1.2, la distinzione tra natura processuale o natura sostanziale della *res judicata* appare fuorviante, giacché la teoria in esame rileva tanto sul piano del diritto materiale che sul piano del diritto processuale e le due «anime» del giudicato si pongono in un rapporto di stretta interdipendenza.

al lodo – non sembra sussistere un reale collegamento tra l'ambito di efficacia del giudicato e la legge applicabile al compromesso arbitrale.

Appare, invece, più complicata la scelta tra la *lex arbitri* o la *lex fori* della prima procedura e la *lex arbitri* della seconda procedura. Nell'ipotesi in cui queste coincidano, in realtà, non sembrano sorgere particolari difficoltà teoriche nell'ammettere la rilevanza delle norme processuali della *lex loci arbitri*, soprattutto laddove si aderisca alla rappresentazione territorialista dell'arbitrato³².

In tale prospettiva, a titolo d'esempio, laddove nel corso di una procedura arbitrale con sede a Milano siano fatti valere gli effetti di giudicato di un lodo reso all'esito di un arbitrato con sede a Roma, nel delimitare l'ambito di efficacia della precedente decisione il tribunale arbitrale sarebbe tenuto ad applicare le norme processuali proprie dell'ordinamento italiano.

Nel caso in cui, invece, non vi sia coincidenza tra la sede delle due procedure o sia invocata una sentenza resa da un giudice appartenente a un ordinamento giuridico diverso da quello in cui si svolge l'arbitrato,

³² Come si è visto nella prospettiva territorialista, il procedimento arbitrale è regolato dalla legge arbitrale dello Stato in cui ha sede l'arbitrato; le norme indicate dalle parti possono applicarsi se e in quanto ciò sia concesso dalla legge dell'ordinamento in cui ha sede la procedura, con la precisazione, già ampiamente richiamata, che la gran parte dei legislatori nazionali ha assunto un atteggiamento spiccatamente liberale nei confronti dell'arbitrato, riservando alle parti un ampio margine di autonomia. La *lex loci arbitri*, peraltro, rileva anche laddove si adotti una prospettiva autonomista; essa, infatti, è chiamata a svolgere un ruolo sussidiario nel caso in cui le regole scelte dalle parti o individuate dal tribunale non affrontino e risolvano la specifica questione processuale. Cfr. G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., pp. 1614-1615: «Absent quite clear, and generally express, agreement to the contrary, the place of the arbitration has by far the closest connections with the arbitral proceedings. That is consistent with the parties' expectations, which are presumptively that the arbitration law of the place where they arbitrate will govern the arbitral proceedings (as to both "internal" and "external" matters). This is also consistent with historic practice and with the common sense expectations that parties will have when they select a seat. [...] For all of these reasons, in the absence of a clear and explicit agreement to the contrary, the various issues encompassed by the procedural law of the arbitration (both "internal" and "external") will be governed by the law of the arbitral seat. This accords with both private and legislative expectations, while the clarity of a simple territorial rule reflects powerful interests in certainty, predictability and simplicity».

vengono in rilievo considerazioni di carattere pragmatico. Come si vedrà meglio nel successivo capitolo, in diversi ordinamenti la teoria della *res judicata* assume valenza di principio di ordine pubblico; sulla base di tale presupposto, si ritiene che una violazione delle regole processuali sul giudicato dell'ordinamento in cui ha sede la procedura arbitrale potrebbe condurre all'annullamento del lodo, con ciò compromettendone l'eseguitività anche negli altri ordinamenti³³. Se è vero che la missione degli arbitri è anzitutto quella di rendere una decisione valida ed efficace, ragioni di prudenza potrebbero suggerire al tribunale arbitrale di attenersi pedissequamente alle norme processuali dell'ordinamento della sede nella delimitazione dell'ambito di efficacia del giudicato, al fine di sgombrare il campo da possibili profili di invalidità (o, meglio, impugnabilità) del lodo.

L'approccio conflittuale e, nello specifico, l'applicazione delle norme processuali della sede dell'arbitrato nel quale è invocato il giudicato sono stati oggetto di critica da parte della dottrina maggioritaria. Le obiezioni formulate all'approccio in esame possono riassumersi fondamentalmente in tre ordini di ragioni.

In primo luogo, si è evidenziato come, nella realtà dei fatti, non esista alcuna norma di conflitto positiva che imponga in modo chiaro e incontrovertibile l'applicazione delle regole processuali dell'ordinamento in cui ha sede la procedura. Secondo tale dottrina, se è vero che in linea teorica potrebbero venire in rilievo diverse leggi nazionali, è altrettanto vero che nessun ordinamento giuridico presenta un collegamento particolarmente stretto con la procedura arbitrale, tale per cui le sue norme processuali dovrebbero essere preferite in ogni caso a quelle degli altri Stati³⁴.

Una seconda ragione che, in tesi, dovrebbe militare a sfavore dell'applicazione della *lex loci arbitri* – logicamente connessa a quanto si è ap-

³³ Come si è già detto nel capitolo V, la maggior parte delle leggi arbitrali statali contempla l'annullamento del lodo da parte dell'ordinamento di origine quale motivo di diniego del riconoscimento e dell'esecuzione, in conformità con l'art. V(1)(e) della Convenzione di New York del 1958.

³⁴ P. MAYER, *Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international*, cit., p. 187; L. RADICATI DI BROZOLO, *Res Judicata*, cit., p. 132; S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit., p. 183; P. PINSOLLE, S. AL ALI, *How Arbitrators Should Treat Prior Awards Rendered on the Same Contract*, cit., p. 51; N. YAFFE, *Transnational Arbitral Res Judicata*, cit., p. 804.

pena detto – è la natura spesso «fortuita» della scelta che conduce all'individuazione della sede; nella migliore delle ipotesi, tale scelta sarebbe dettata dall'intento di identificare un ordinamento giuridico neutrale, che, cioè, non presenta alcun reale collegamento con la controversia o con le parti³⁵. L'applicazione delle sue norme processuali in materia di giudicato risulterebbe, quindi, del tutto inappropriata, poiché fondata su un fraintendimento della volontà espressa dalle parti nella scelta della sede della procedura.

In terzo luogo, come si è già detto, parte della dottrina evidenzia come, il più delle volte, le leggi statali non prevedano alcuna regola in merito al funzionamento della teoria del giudicato all'interno della procedura arbitrale³⁶. Le regole elaborate a livello nazionale si occupano perlopiù di descrivere l'ambito di efficacia delle sentenze rese dai giudici statali. Di conseguenza, una loro trasposizione automatica all'arbitrato potrebbe rivelarsi poco praticabile se non, addirittura, inopportuna, in ragione delle notevoli differenze che intercorrono tra il processo civile e la procedura arbitrale³⁷.

Per quanto tali obiezioni provengano dalla più autorevole dottrina, esse non ci paiono condivisibili e, in ogni caso, non sembrano cogliere il vero aspetto problematico dell'applicazione delle regole processuali della sede dell'arbitrato.

Quanto alla prima e alla seconda obiezione, la loro validità dipende in buona parte dalla concezione del fenomeno arbitrale adottata dall'interprete. In ogni caso, il ricorso alle regole della *lex loci arbitri* non sembra essere privo di ogni fondamento. Se nella prospettiva territorialista, infatti, l'applicazione delle norme processuali della sede dell'arbitrato appare

³⁵ P. MAYER, *Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international*, cit.; L.G. RADICATI DI BROZOLO, Res Judicata, cit., p. 132. Tali argomentazioni, peraltro, sembrano riecheggiare quanto affermato da Paulsson, cfr. *supra* capitolo V, nota 66.

³⁶ P. MAYER, *Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international*, cit., p. 186; L.G. RADICATI DI BROZOLO, Res Judicata, cit., p. 131; S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit., p. 184.

³⁷ L.G. RADICATI DI BROZOLO, Res Judicata, cit., p. 131; S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit., p. 184; C. SERAGLINI, *Le droit applicable à l'autorité de la chose jugée dans l'arbitrage*, cit., pp. 64-65.

come l'opzione più naturale (in assenza di una scelta contraria delle parti e sempre ammesso che tale scelta sia permessa dalla *lex loci arbitri*), secondo la concezione autonomista gli arbitri godono di un più ampio margine di discrezionalità e possono fare ricorso alle regole transnazionali che si sono affermate all'interno della pratica arbitrale. Nondimeno, anche laddove ci si ponga in tale prospettiva, la legge della sede dell'arbitrato è chiamata a svolgere un ruolo sussidiario e potrà dunque trovare applicazione in tutti i casi in cui non sia possibile individuare regole proprie dell'ordinamento arbitrale. In secondo luogo, l'affermazione secondo cui la scelta della sede dell'arbitrato sarebbe perlopiù «fortuita» o, nella migliore delle ipotesi, dettata dall'intento di individuare un ordinamento giuridico neutrale e che, di conseguenza, il collegamento con tale ordinamento giuridico sarebbe troppo flebile per giustificare l'applicazione delle sue norme processuali non è necessariamente sempre corretta. Anzitutto, come già si è detto, il legame che sussiste tra il procedimento arbitrale e l'ordinamento statale della sede può essere più o meno stringente a seconda delle circostanze del caso concreto³⁸. In secondo luogo, anche laddove la controversia presenti un elevato grado di transnazionalità, la scelta della sede costituisce di per sé un elemento difficilmente trascurabile da parte del tribunale arbitrale: vuoi per la sua maggiore «neutralità», vuoi per il legame effettivo che lega la controversia a tale ordinamento, le parti hanno pur sempre espresso una preferenza per l'ordinamento della sede³⁹.

Quanto, infine, alla terza obiezione, sembrano valere le medesime considerazioni già svolte con riguardo agli effetti dei lodi arbitrali domesti-

³⁸ Come detto, infatti, ogni controversia presenta sempre un grado diverso di transnazionalità, cfr. V. HEISKANEN, *And/Or/ The Problem of Qualification in International Arbitration*, cit., p. 454.

³⁹ Come noto, infatti, la sede dell'arbitrato rappresenta anzitutto un concetto giuridico e non coincide necessariamente con il luogo fisico dove si terranno le udienze; cfr. *ex multis* G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 1538. Peraltro, si è già evidenziato nel capitolo V come il fatto che le parti abbiano inteso individuare un ordinamento «neutrale» quale sede della procedura rappresenti già di per sé un chiaro segno di come la scelta non possa definirsi in ogni caso «fortuita», ma sia il risultato di ponderate valutazioni in merito alle caratteristiche di detto ordinamento. Cfr. *supra*, capitolo V, nota 66; R. GOODE, *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration*, cit., p. 32.

ci⁴⁰. Anche in questo caso, un'applicazione eccessivamente formalistica delle regole sul giudicato tradirebbe, in realtà, una scarsa comprensione delle soluzioni elaborate a livello nazionale. Al contrario, l'interprete – e, più specificamente in questo caso, il tribunale arbitrale – sarebbe tenuto a enucleare gli elementi essenziali della disciplina nazionale, così da applicare le regole sul giudicato in modo pragmatico e realistico. Se a titolo di esempio si prendono in considerazione le regole che nell'ordinamento tedesco e francese limitano la portata conclusiva e preclusiva della decisione a quanto contenuto nella parte dispositiva della sentenza, nulla impedisce agli arbitri di confinare l'ambito di efficacia della decisione alle sole domande espressamente formulate dalle parti e decise nell'ambito del procedimento i cui effetti sono fatti valere in giudizio⁴¹.

Nondimeno, anche secondo noi un'applicazione meccanica delle norme processuali dello Stato ove ha sede la procedura arbitrale in cui si intendono far valere gli effetti di giudicato di una precedente decisione non può ritenersi pienamente soddisfacente, ma per una diversa ragione. Il vero aspetto problematico di una simile soluzione è da individuarsi nella rilevanza esclusiva attribuita alle regole materiali sul giudicato dell'ordinamento in cui ha sede la seconda procedura. Tale approccio non sembra tener conto delle problematiche – prettamente «conflittuali» – che emergono laddove il provvedimento giurisdizionale di cui si considerano gli effetti provenga da un ordinamento diverso da quello in cui ha sede il tribunale arbitrale. Se, a titolo di esempio, un tribunale arbitrale con sede in Italia fosse chiamato a valutare l'ambito di efficacia di una sentenza resa dal giudice francese, a mente dell'approccio in esame si dovrebbero applicare le norme processuali italiane in materia di giudicato. Tuttavia, come si è visto⁴², secondo un certo orientamento della più recente giurisprudenza, nell'ordinamento italiano potrebbe riconoscersi un'estensione degli effetti originari del provvedimento straniero e, pertanto, nella medesima situazione il giudice italiano avrebbe plausibilmente fatto ricorso alle regole sul giudicato accolte all'interno dell'ordinamento francese. In una

⁴⁰ Cfr. *supra*, capitolo III, al paragrafo 3.

⁴¹ Come, peraltro, suggerito da Seraglini, cfr. C. SERAGLINI, *Le droit applicable à l'autorité de la chose jugée dans l'arbitrage*, cit., p. 65.

⁴² Cfr. *supra*, capitolo IV, al paragrafo 2.2.

simile ipotesi, pertanto, laddove il tribunale arbitrale decidesse di applicare in modo automatico la disciplina italiana in materia di giudicato, si dimostrerebbe più realista del re; gli arbitri, infatti, finirebbero per applicare le norme materiali dell'ordinamento della sede anche nei casi in cui i giudici di detto Stato farebbero probabilmente ricorso a una diversa disciplina.

3.2. *Approccio autonomo e sviluppo di regole transnazionali in materia di giudicato*

La dottrina maggioritaria – anche in considerazione delle marcate differenze che sussistono nella disciplina del giudicato a livello nazionale e di cui si è dato conto nel capitolo II – ha evidenziato come un'applicazione di norme processuali di origine statale porterebbe a una frammentazione della regolamentazione della *res judicata* all'interno dell'arbitrato. A detta di tali autori, un simile risultato si porrebbe in contrasto con le esigenze di certezza del diritto e uniformità di disciplina, giacché esporrebbe le parti a soluzioni imprevedibili e difficilmente conciliabili con le finalità perseguite dall'arbitrato commerciale internazionale. Sulla base di tali presupposti, un nutrito numero di studiosi ha suggerito l'adozione di un approccio autonomo e ha auspicato l'elaborazione di norme *ad hoc* per la delimitazione degli effetti della *res judicata* nell'arbitrato commerciale internazionale⁴³. Peraltro, la grande maggioranza della dottrina non sembra

⁴³ D. HASCHER, *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales*, cit.; P. MAYER, *Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international*, cit.; A. SHEPPARD, *Res Judicata and Estoppel*, cit.; C. SERAGLINI, *Brèves remarques sur les Recommandations de l'Association de Droit International sur la litispendance et l'autorité de la chose jugée en arbitrage*, cit.; D. BENSUADE, *The International Law Association's Recommendations on Res Judicata and Lis Pendens in International Commercial Arbitration*, cit.; F. KREMSLEHNER, *The Arbitration Procedure – Lis pendens and res judicata in International Commercial Arbitration*, cit.; E. LOQUIN, *De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage*, cit.; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Res Judicata*, cit.; N. VOSER, J. RANEDA, *Recent Developments on the Doctrine of Res Judicata in International Arbitration from a Swiss Perspective: A Call for a Harmonized Solution*, cit.; S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit.; C. SERAGLINI, *Le droit applicable à l'autorité de la chose jugée dans l'arbi-*

spingersi oltre un generico auspicio; solo la *International Law Association* e Silja Schaffstein si avventurano nella non facile impresa di elaborare le regole transnazionali che i tribunali arbitrali sarebbero in ipotesi chiamati ad applicare in materia di riconoscimento degli effetti del giudicato nell'arbitrato commerciale internazionale.

3.2.1. *Le linee guida proposte dalla «International Law Association»*

Nel 2002 il «Comitato per l'arbitrato commerciale internazionale» della *International Law Association* avviava uno studio sul funzionamento della *res judicata* all'interno della procedura arbitrale. Due anni dopo, il Comitato presentava un report preliminare dove – oltre a fornire un'analisi comparata in merito all'applicazione della teoria del giudicato a livello nazionale e internazionale – si delimitava il campo di indagine e venivano individuate le questioni principali su cui il Comitato stesso si proponeva di concentrare l'attenzione nei due anni successivi⁴⁴. Nel 2006 – in occasione della 72° Conferenza della *International Law Association* – veniva presentato un report finale⁴⁵, accompagnato da una serie di raccomandazioni, dirette ai tribunali arbitrali commerciali internazionali e utili a individuare l'ambito di efficacia del giudicato all'interno della procedura arbitrale (di seguito anche «Raccomandazioni ILA»)⁴⁶.

Nonostante l'ampiezza del campo d'indagine inizialmente prospettato – secondo cui il Comitato ILA avrebbe dovuto studiare l'estensione degli effetti di giudicato prodotti da tutte le decisioni fatte valere all'interno dell'arbitrato commerciale internazionale – le Raccomandazioni ILA sono dirette unicamente a definire l'ambito di efficacia dei lodi nella pro-

trage, cit.; P. MAYER, *L'autorité de chose jugée des sentences entre les parties*, cit.; P. PIN-SOLLE, S. AL ALI, *How Arbitrators Should Treat Prior Awards Rendered on the Same Contract*, cit.; N. YAFFE, *Transnational Arbitral Res Judicata*, cit.

⁴⁴ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Interim Report: «Res Judicata» and Arbitration*, Berlin Conference, 2004, (di seguito, «Report Preliminare»).

⁴⁵ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Final Report on Res Judicata and Arbitration*, Toronto Conference, 2004 (di seguito, «Report Finale»).

⁴⁶ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Recommendations on Res Judicata and Arbitration*, Resolution no. 1/2006, Annex 2. Tutti i documenti citati sono disponibili all'indirizzo web: <http://www.ila-hq.org/index.php/committees>.

spettiva del tribunale arbitrale. Esse, pertanto, non si occupano dell'estensione degli effetti preclusivi e conclusivi delle sentenze statali che potrebbero venire in rilievo nel corso della procedura arbitrale, né, tantomeno, degli effetti dei lodi arbitrali all'interno del contenzioso civile domestico⁴⁷.

Pertanto, il Comitato chiarisce come le Raccomandazioni ILA non intendano risolvere tutte le questioni che potrebbero emergere nell'applicazione della teoria della *res judicata*, ma unicamente quelle con riferimento alle quali si è ritenuto possibile elaborare regole di carattere transnazionale. In particolare, le Raccomandazioni ILA non individuano le tipologie di lodi arbitrali idonei a produrre effetti di *res judicata*, né definiscono la possibile estensione degli effetti di giudicato ai terzi⁴⁸.

La prima raccomandazione enuncia il principio di carattere generale secondo cui ai lodi arbitrali devono essere attribuiti effetti conclusivi e preclusivi. Tale affermazione sembra riflettere uno dei pochi punti saldi della teoria del giudicato: come si è visto nel capitolo I, la definitività e vincolatività della decisione è attribuito intrinseco e necessario di ogni esercizio dell'attività giurisdizionale⁴⁹.

La seconda raccomandazione, invece, dispone che l'estensione degli effetti di giudicato del lodo arbitrale non è necessariamente regolata da norme di fonte statale, ma, al contrario, può essere disciplinata da regole transnazionali, applicabili all'arbitrato commerciale internazionale. Tale affermazione – evidentemente meno pacifica – riflette l'approccio autonomo al tema oggetto del presente studio adottato dalle Raccomandazioni ILA. Nel Report Finale, infatti, si afferma che: «Res judicata regarding international arbitral awards should not necessarily be equated to res judicata effects of judgments of state courts and, thus, may be treated differently than res judicata under domestic law. International arbitral awards in accordance with the Recommendations are to be treated differently than judgments. This is due to the differences between international commercial arbitration and domestic court dispute settlement, as well as

⁴⁷ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Final Report on Res Judicata and Arbitration*, par. 10-11.

⁴⁸ *Ivi*, par. 5 e 7.

⁴⁹ Cfr. *supra*, capitolo I, al paragrafo 1.

to the international character of arbitration, which should not be reduced to domestic notions regarding *res judicata* that are valid in a domestic setting but are hardly appropriate in an international context»⁵⁰.

Come riconosciuto dallo stesso Comitato, tali affermazioni non rispecchiano quanto stabilito dalle leggi arbitrali statali, che, come abbiamo visto, riconoscono ai lodi arbitrali resi all'interno del territorio nazionale effetti di giudicato analoghi o, quantomeno, tendenzialmente equiparabili a quelli prodotti dalle sentenze statali⁵¹. Cionondimeno, si evidenzia come l'eventuale applicazione di norme nazionali comporterebbe la necessità di individuare l'opportuno criterio di collegamento; peraltro, nella prospettiva del Comitato, l'applicazione di regole di fonte statale non assicurerebbe sempre e in ogni caso la realizzazione delle esigenze di efficienza ed economia processuale⁵².

Le successive raccomandazioni racchiudono le regole transnazionali che, nella proposta del Comitato ILA, dovrebbero trovare applicazione con riferimento ai lodi arbitrali. In particolare, la terza raccomandazione enuncia le condizioni affinché alla decisione arbitrale possano essere riconosciuti effetti conclusivi e preclusivi in un successivo procedimento.

Anzitutto, il lodo deve essere definitivo e vincolante secondo la legge arbitrale dello Stato di origine. Nella prospettiva del Comitato, infatti «a prior award which is set aside at the place of arbitration by a final judgment, will no longer be valid, not be capable of recognition and, thus, no longer produce conclusive and preclusive effects».

La dottrina non ha mancato di criticare tale scelta, evidenziando come – secondo la rappresentazione autonomista dell'arbitrato che sembrerebbe essere accolta dalle Raccomandazioni ILA – l'annullamento del lodo nel paese d'origine non sia necessariamente impeditivo del riconoscimen-

⁵⁰ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Final Report on Res Judicata and Arbitration*, par. 25.

⁵¹ Cfr. *supra*, capitolo III, al paragrafo 3.

⁵² È interessante notare come, nello studio condotto dalla *International Law Association*, sia attribuito un valore quasi esclusivo alle esigenze di efficienza e di economia processuale. Al contrario, non sono prese in considerazione le esigenze di tutela del diritto di difesa, né, tantomeno, sembra assumere particolare rilevanza il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

to dei suoi effetti in altri ordinamenti⁵³. Nondimeno, tale requisito appare conforme a quanto previsto dalla grande maggioranza delle leggi arbitrali nazionali che, come si è detto, non ammettono il riconoscimento di decisioni arbitrali dichiarate invalide nei rispettivi Stati di origine.

In secondo luogo, le raccomandazioni accolgono il requisito della «triple identité» di parti, *petitum* e *causa petendi* («cause of action»). Peraltro, se da un lato le Raccomandazioni ILA omettono di proposito di fornire una definizione della nozione di «parte», la «cause of action» deve identificarsi – secondo il Report Finale – con tutti i fatti e le circostanze «arising from a single event and relying on the same evidence which are necessary to give rise to a right to relief»⁵⁴. Come evidenziato da attenta dottrina, pertanto, non vengono in rilievo le diverse nozioni nazionali di «cause of action» o «causa petendi», ma, al contrario, se ne suggerisce un'interpretazione autonoma, che nei fatti recepisce la nozione accolta dagli ordinamenti di *common law*⁵⁵.

La quarta e quinta raccomandazione si interessano dell'ambito di efficacia oggettiva del giudicato. In particolare, gli effetti preclusivi e conclusivi dei lodi fatti valere in occasione di un successivo procedimento arbitrale dovrebbero estendersi alle: «[1] determinations and relief contained in its dispositive part as well as in all reasoning necessary thereto; [2] issues of fact or law which have been arbitrated and determined by it, provided any such determination was essential or fundamental to the dispositive part of the arbitral award; [3] claim, cause of action or issue of fact or law, which could have been raised, but was not, in the proceedings resulting in that award provided that the raising of any such new claim, cause of action or new issue of fact or law amounts to procedural unfairness or abuse».

⁵³ D. BENSAUDE, *The International Law Association's Recommendations on Res Judicata and Lis Pendens in International Commercial Arbitration*, cit., pp. 418-419. Cfr. *supra*, capitolo V, nota 63.

⁵⁴ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Final Report on Res Judicata and Arbitration*, par. 43, spec. nota 109.

⁵⁵ N. VOSER, J. RANEDA, *Recent Developments on the Doctrine of Res Judicata in International Arbitration from a Swiss Perspective: A Call for a Harmonized Solution*, cit., p. 772. Cfr. *supra* capitolo II, al paragrafo 2.1.2.

Le Raccomandazioni ILA, pertanto, rigettano espressamente l'impostazione restrittiva generalmente accolta negli ordinamenti di *civil law*, a beneficio di una nozione ben più ampia di *res judicata*, che ricalca in buona sostanza i principi elaborati nella tradizione anglosassone. Peraltro, come si può facilmente notare, l'opera della *International Law Association* si spinge anche oltre i confini tracciati dalla giurisprudenza delle corti di *common law*, ritenendo preclusa non solo la trattazione delle questioni di fatto o di diritto effettivamente dibattute e decise nel primo procedimento, ma anche di quelle non discusse dalle parti in occasione del primo giudizio, a condizione che la loro riproposizione integri una condotta abusiva⁵⁶.

La sesta e la settima raccomandazione, infine, forniscono la disciplina processuale per la proposizione dell'eccezione di giudicato. In particolare, sulla scorta di una qualificazione degli effetti conclusivi del giudicato quali questioni attinenti al merito della controversia, si prevede che essi possano essere invocati in qualsiasi momento nel corso della procedura. Quanto agli effetti preclusivi – qualificati, invece, come questioni processuali – si prevede che essi debbano essere fatti valere alla prima occasione utile. In ogni caso, secondo le Raccomandazioni ILA, il tribunale arbitrale non è tenuto a considerare *ex officio* le preclusioni non invocate dalle parti.

3.2.2. *Lo sviluppo di regole transnazionali nella dottrina. In particolare, la necessità di un approccio autonomo al giudicato secondo S. Schaffstein*

L'opera di Schaffstein rappresenta il tentativo a oggi più compiuto e, per certi aspetti, più ambizioso di affrontare in modo organico le molteplici problematiche sollevate dall'applicazione della teoria della *res judicata* nell'arbitrato commerciale internazionale⁵⁷. Pur non essendo possibile

⁵⁶ Sebbene il Report Finale descriva tale approccio come «cauto» e ritenga che l'accoglimento della teoria dell'«*abuse of process*» costituisca un giusto bilanciamento tra le esigenze di natura pubblica e privata che vengono in rilievo con riferimento alla teoria della *res judicata*.

⁵⁷ Per quanto la dottrina degli ultimi anni abbia dimostrato un vivace interesse per il tema oggetto del presente studio, i numerosi contributi richiamati *supra* alla nota 24 si sono perlopiù limitati a una trattazione sintetica e, per certi aspetti, parziale delle complesse questioni teoriche e pratiche sollevate dall'applicazione della teoria della *res judi-*

fornire un'analisi dettagliata dell'opera in questa sede, è comunque opportuno riportare in modo sintetico i punti «salienti» delle argomentazioni proposte in quella che è stata definita come una «pietra miliare per la comprensione e lo studio» della teoria del giudicato nell'arbitrato⁵⁸.

Lo studio prende le mosse da un'analisi comparata in merito al funzionamento del giudicato nel contenzioso civile domestico, all'esito della quale Schaffstein attesta come le marcate difformità di disciplina in materia di efficacia preclusiva e conclusiva della cosa giudicata non permettano di ricavare un insieme di principi generali, applicabili in via analogica nel contesto dell'arbitrato commerciale internazionale⁵⁹. Allo stesso modo, dalla prassi dei tribunali arbitrali non sembra potersi trarre alcuna regola consolidata, utile a individuare le norme applicabili alle questioni di *res judicata* in arbitrato⁶⁰.

L'autrice esamina, allora, i diversi metodi che gli arbitri potrebbero adottare al fine di determinare la disciplina applicabile al giudicato nel contesto arbitrale, individuando, in particolare, quattro possibili approcci e, segnatamente, un approccio «discrezionale», un approccio «conflittuale», un approccio «comparatistico» e, infine, un approccio «transnazionale»⁶¹. Ritenendo non soddisfacenti i primi tre approcci per le ragioni che si sono già in parte illustrate⁶² e sulla scorta di una ricostruzione del fe-

cata all'interno della procedura arbitrale. Con ciò non si vuole certo sottovalutare il notevole valore scientifico di tali studi. Tuttavia, trattandosi perlopiù di articoli o brevi contributi, gli autori non hanno avuto modo di fornire un'analisi organica e approfondita di tutte le problematiche implicate nell'applicazione della teoria del giudicato. Rispetto alle Raccomandazioni ILA, peraltro, Schaffstein si occupa anche dell'efficacia di giudicato delle sentenze nazionali fatte valere all'interno della procedura arbitrale.

⁵⁸ F. PONZANO, *La res judicata nell'arbitrato commerciale internazionale: note a margine della monografia di Silja Schaffstein*, in *Riv. arb.*, 2017, p. 181 ss.

⁵⁹ Cfr. S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit., pp. 60-63.

⁶⁰ *Ivi*, pp. 152-171.

⁶¹ *Ivi*, pp. 174-188.

⁶² Per le ragioni indicate *supra*, alla nota 26, l'approccio comparatistico non appare adeguato a risolvere le molteplici problematiche che concernono il funzionamento della teoria della *res judicata* nell'arbitrato commerciale internazionale. Dell'approccio conflittuale si è già ampiamente trattato. Nel presente lavoro, invece, non si distingue tra

nomeno arbitrale dichiaratamente ispirata alla teoria «autonomista» propugnata da Gaillard⁶³, Schaffstein sostiene con convinzione la necessità di elaborare principi e regole di carattere transnazionale, utili a definire in modo autonomo l'ambito di efficacia del giudicato delle decisioni fatte valere all'interno della procedura arbitrale.

Quanto alla base giuridica che giustifica l'adozione di un approccio transnazionale, l'autrice osserva come – in considerazione dell'ontologica autonomia dell'arbitrato commerciale internazionale nonché del suo carattere contrattuale e privato – il tribunale arbitrale non sia in ogni caso tenuto ad applicare norme processuali di fonte statale⁶⁴. Infatti, secondo Schaffstein: «If (as argued) *res judicata* pertains to procedure, international arbitrators may apply transnational *res judicata* rules because (in the absence of a party choice) they may generally conduct procedure as they deem appropriate»⁶⁵.

Sempre secondo l'autrice, il contenuto specifico della disciplina transnazionale del giudicato non potrebbe che essere individuato alla luce delle caratteristiche e degli obiettivi essenziali perseguiti dal mezzo di risoluzione delle controversie in esame e, in particolare, del principio di prevedibilità delle decisioni e dei criteri di economia ed efficienza della procedura.

Secondo Schaffstein, soltanto un'applicazione uniforme delle regole transnazionali sul giudicato potrebbe dare piena attuazione al principio di prevedibilità delle decisioni. Ciò si traduce nell'adesione alla teoria del-

l'approccio discrezionale e l'approccio transnazionale. Per le ragioni che saranno illustrate nel prosieguo della trattazione, infatti, la (asserita) discrezionalità del tribunale arbitrale – se non intesa come sinonimo di «arbitrarietà» – sembra costituire in realtà il presupposto per l'adozione di un approccio transnazionale.

⁶³ Cfr. S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit., pp. 191-201.

⁶⁴ *Ivi*, pp. 212-214. Nello specifico Schaffstein ricorda come, secondo Lalive, gli arbitri siano tenuti ad applicare le regole transnazionali, costituite dai principi generalmente accolti a livello internazionale, cfr. P. LALIVE, *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*, in P. SANDERS (a cura di), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series, 1986, p. 258 ss.

⁶⁵ Come si avrà modo di illustrare, se questo è davvero il fondamento giuridico che consente l'applicazione di norme di carattere transnazionale, allora l'approccio in esame non si differenzia affatto, quanto ai suoi presupposti, dall'approccio c.d. «discrezionale».

la assimilazione degli effetti: i tribunali arbitrali non dovrebbero dare rilievo alle norme processuali proprie dell'ordinamento da cui promana la decisione fatta valere in giudizio, ma sarebbero, invece, tenuti ad applicare – sempre e comunque – le regole transnazionali dell'ordinamento arbitrale, indipendentemente dal fatto che in giudizio sia invocata una sentenza o un lodo arbitrale⁶⁶.

Per quanto, poi, concerne l'estensione degli effetti preclusivi delle decisioni fatte valere in arbitrato, secondo Schaffstein le esigenze di efficienza ed economia della procedura suggerirebbero un'interpretazione particolarmente ampia della nozione di giudicato, sulla falsariga della disciplina prevista all'interno degli ordinamenti di *common law*⁶⁷. In sostanza, quindi, all'interno della procedura arbitrale troverebbero sicuramente applicazione tanto l'istituto della *issue estoppel*⁶⁸ quanto la dottrina dell'*abuse of process*⁶⁹.

Anche l'individuazione delle decisioni potenzialmente idonee a spiegare efficacia di giudicato all'interno della procedura arbitrale dovrebbe essere regolata da norme uniformi di origine transnazionale. In particolare, le sentenze nazionali potrebbero produrre effetti di giudicato non soltanto laddove soddisfino i requisiti di riconoscibilità previsti nell'ordinamento della sede dell'arbitrato, ma ogniquale volta siano state rese nel rispetto di eventuali accordi compromissori e all'esito di un procedimento conforme ai canoni del giusto processo⁷⁰. Quanto ai lodi arbitrali, invece, gli stessi potrebbero ritenersi definitivi e vincolanti ai fini del giudicato lad-

⁶⁶ S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit., pp. 216-220.

⁶⁷ Secondo l'autrice, infatti, nel bilanciamento tra le esigenze di economia ed efficienza della procedura e di tutela del diritto al contraddittorio, la natura stessa dell'arbitrato suggerirebbe di dare preferenza alle prime, *ivi*, p. 243.

⁶⁸ Fatta eccezione per i casi in cui le questioni preliminari decise dal giudice statale rientrino nell'ambito di giurisdizione del tribunale arbitrale, *ivi*, pp. 241-247 e 284-286.

⁶⁹ *Ivi*, pp. 247-252 e 286-287.

⁷⁰ In linea di principio, secondo l'autrice, laddove la sentenza statale si pronunci sulla validità dell'accordo compromissorio e, quindi, sulla giurisdizione del tribunale arbitrale, tale decisione non dovrebbe poter spiegare efficacia preclusiva all'interno della procedura arbitrale. Tuttavia, qualora la sentenza provenga dal giudice dello Stato in cui ha sede la procedura arbitrale, realisticamente gli arbitri non potranno ignorare completamente una simile decisione. Cfr. *ivi*, pp. 230-235.

dove non siano più passibili d'impugnazione nell'ordinamento della sede della procedura⁷¹.

Nella conclusione del suo studio, Schaffstein propone un insieme di principi e regole transnazionali in tesi applicabili dai tribunali arbitrali internazionali laddove sorgano questioni di *res judicata*, che, seppur ispirate alle Raccomandazioni ILA, ne dettagliano maggiormente il contenuto e ne estendono notevolmente il campo di applicazione⁷².

È bene osservare come – diversamente da quanto sostenuto dalla *International Law Association* – nella ricostruzione proposta da Schaffstein tali principi dovrebbero applicarsi in via esclusiva, risultando in ogni caso inopportuno il ricorso a norme processuali di origine statale in materia di *res judicata*, fatta eccezione per le ipotesi, invero estremamente rare, in cui le parti abbiano espressamente selezionato una disciplina nazionale applicabile al giudicato.

3.2.3. Criticità nell'adozione di un approccio autonomo in materia di giudicato

Per quanto suggestive, le ricostruzioni proposte dai fautori dell'applicazione di regole di natura transnazionale in materia di *res judicata* non ci paiono affatto condivisibili.

In primo luogo, risulta poco convincente il fondamento giuridico addotto a giustificazione della necessità di individuare e applicare norme di carattere transnazionale. Tanto Schaffstein quanto la *International Law Association* sembrano suggerire che le problematiche sollevate dalla teoria della *res judicata* debbano qualificarsi come questioni di natura procedurale e non, più generalmente, come questioni processuali⁷³. Sulla base di

⁷¹ Ivi, p. 292. Ponzano si domanda, peraltro, se tale soluzione possa ritenersi pienamente coerente con l'approccio autonomista adottato dall'autrice, cfr. F. PONZANO, *La res judicata nell'arbitrato commerciale internazionale: note a margine della monografia di Silja Schaffstein*, cit., p. 189.

⁷² In particolare, le regole proposte da Schaffstein dovrebbero applicarsi tanto alle sentenze quanto ai lodi arbitrali fatti valere nel corso della procedura arbitrale.

⁷³ S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit., p. 194; INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Interim Report: Res Judicata and Arbitration*, p. 26, lett. E).

tale presupposto, si osserva che al tribunale arbitrale è generalmente attribuito il potere di condurre il procedimento nel modo ritenuto più opportuno⁷⁴ e che, di conseguenza, nell'esercizio della discrezionalità loro riconosciuta, gli arbitri possono fare applicazione di norme di carattere transnazionale.

Tuttavia, anche alla luce di quanto si è trattato nel capitolo I, non pare condivisibile una qualificazione della *res judicata* come mera questione *procedurale*. Il giudicato, infatti, rileva tanto sul piano *sostanziale*, quanto sul piano *processuale* quale condizione per la ricevibilità della domanda o quale presupposto negativo per l'instaurazione del giudizio. In altre parole, i vincoli processuali prodotti dal giudicato non incidono semplicemente sulle modalità di conduzione della procedura, ma, ben più radicalmente, sulla possibilità stessa di esercitare il potere giurisdizionale. Per tale ragione, normalmente gli effetti preclusivi e conclusivi del giudicato si producono non soltanto nei confronti delle parti, ma anche – e soprattutto – nei confronti del giudice⁷⁵. In tale prospettiva, è quantomeno opinabile che al tribunale arbitrale sia riconosciuto un potere arbitrario nell'individuazione della disciplina applicabile in materia di *res judicata*.

Peraltro, anche se volessimo accedere a una simile tesi, nulla vieterebbe al tribunale arbitrale di applicare norme di origine statale. Tale approccio, come vedremo, potrebbe in effetti apparire più prudente laddove la controversia presenti un effettivo collegamento con la sede della procedura e, in tale ordinamento, il rispetto della *res judicata* assuma valenza di principio di ordine pubblico. Significativo, in questo senso, l'orientamento della *International Law Association* che non esclude del tutto l'applicabilità delle regole accolte a livello nazionale, ma prevede più semplicemente che gli effetti delle decisioni invocate in arbitrato non debbano essere *necessariamente* disciplinati da norme processuali di fonte statale⁷⁶. Al contrario, secondo Schaffstein, il ricorso alle regole nazionali in mate-

⁷⁴ S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit., p. 214: «international arbitrators may apply transnational res judicata rules because [...] they may generally conduct the procedure as they deem appropriate».

⁷⁵ Cfr. *supra*, capitolo II, al paragrafo 3.1.1.

⁷⁶ Cfr. par. 2, Raccomandazioni ILA.

ria di giudicato sarebbe in ogni caso inopportuno, in quanto contrasterebbe con la natura e le finalità perseguite dall'arbitrato.

È evidente che una simile posizione può giustificarsi unicamente in forza di una ricostruzione del fenomeno arbitrale come autonomo e indipendente rispetto agli ordinamenti giuridici nazionali e, dunque, si fonda su premesse dogmatiche che riflettono le teorie – tutt'altro che pacifiche – elaborate dalla dottrina francese e, in particolare, da Gaillard, di cui abbiamo più diffusamente trattato sopra⁷⁷. Al contempo, tuttavia, il metodo utilizzato per individuare i principi e le regole di carattere transnazionale applicabili alla *res judicata* non appare coerente con quanto proposto dagli stessi fautori della tesi «autonomista». Come si è visto, secondo Gaillard le regole transnazionali proprie dell'ordinamento arbitrale dovrebbero desumersi dalla tendenza prevalente accolta dalla collettività degli ordinamenti giuridici nazionali⁷⁸. Anche secondo Lalive: «the international arbitrator does have, and is bound by, a private international law, but that such private international law can only be a “transnational” one, constituted as it is by a number of general principles, either common to all the parties (including States) concerned by a given case, or universal»⁷⁹.

Orbene, come si è visto, una delle poche certezze che sembrano potersi ricavare dall'analisi comparata delle discipline statuali in materia di giudicato è che non esiste alcuna tendenza prevalente – e men che meno un insieme di principi universali – in materia di estensione oggettiva e soggettiva degli effetti del giudicato. Anche l'esame della prassi arbitrale, come si è visto, restituisce un quadro estremamente frammentato. Una rigorosa applicazione del metodo «autonomista», pertanto, sembrerebbe portare alla conclusione che non sia possibile elaborare regole di carattere transnazionale che forniscano una disciplina autonoma dell'ambito di operatività della *res judicata* nel contesto arbitrale. Nondimeno, la Schafstein pretende ricavare i principi in tesi applicabili al giudicato dalla considerazione della natura e delle caratteristiche fondamentali dell'arbitrato

⁷⁷ Cfr. *supra*, capitolo V, al paragrafo 2.2.3.

⁷⁸ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, cit., pp. 102-108.

⁷⁹ P. LALIVE, *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*, cit., par. 152.

commerciale internazionale. Nello specifico, secondo l'autrice le esigenze di economia ed efficienza della procedura imporrebbero il riconoscimento di effetti particolarmente ampi e, segnatamente, l'applicazione degli istituti della *issue preclusion* e dell'*abuse of process*.

Il percorso argomentativo, così come la metodologia impiegata, desta, tuttavia, più d'una perplessità; se dall'analisi di una disciplina particolare è possibile sussumere i principi generali cui essa si ispira, il procedimento inverso presenta maggiori difficoltà. Anzitutto, come si è visto, l'elaborazione di norme di carattere transnazionale presupporrebbe una concezione unitaria della natura dell'arbitrato. La disciplina particolare del giudicato negli ordinamenti giuridici nazionali è, infatti, frutto di un bilanciamento tra valori contrastanti; la definizione di un preciso punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze che vengono in rilievo dipende, come abbiamo detto, dall'evoluzione giurisprudenziale o dalle scelte di politica legislativa compiute a livello di ogni singolo ordinamento ed è influenzata, in buona parte, dal modo di concepire il processo⁸⁰.

Che l'arbitrato commerciale internazionale sia improntato a criteri di efficienza e di economia della procedura è affermazione pacifica e difficilmente contestabile. Altrettanto incontrovertibile, tuttavia, è la pregnanza che assume in tale contesto il rispetto del diritto al contraddittorio⁸¹. Con ciò non vogliamo certo dire che l'adozione di una nozione «ampia» di giudicato costituisce in ogni caso una lesione del diritto al giusto processo; tuttavia, l'affermazione secondo cui nel contesto arbitrale le esigenze di economia ed efficienza della procedura assumono un rilievo preponderante, se non addirittura esclusivo, ci sembra una petizione di principio non dimostrata o da cui, a ogni buon conto, pare difficile poter ricavare una disciplina specifica e dettagliata in punto di giudicato.

Peraltro, se anche si dovesse ritenere possibile elaborare regole di carattere transnazionale a partire dalle caratteristiche essenziali dell'arbitra-

⁸⁰ Cfr. *supra*, capitolo I, nota 32.

⁸¹ Come autorevolmente sostenuto, anzi, l'art. 6.1 della «Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» troverebbe sicura applicazione anche nell'arbitrato commerciale internazionale, cfr. M.V. BENEDETTELLI, *Human rights as a litigation tool in international arbitration: reflecting on the ECHR experience*, in *Arb. Intl.*, 2015, 31, p. 631 ss.; S. BESSON, *Arbitration and human rights*, in *ASA Bulletin*, 2006, p. 395 ss.

to, potrebbero assumere rilievo considerazioni affatto diverse da quelle proposte dalla Schaffstein.

In primo luogo, si potrebbe ritenere che – rappresentando l'arbitrato un'eccezione alla giurisdizione delle corti statali e, quindi, una rinuncia al diritto di essere giudicato dal giudice naturale precostituito per legge – l'estensione del potere giurisdizionale degli arbitri sia limitata alla specifica controversia sottoposta alla loro cognizione⁸².

Come sostenuto da attenta dottrina, poi, l'applicazione della *issue estoppel* potrebbe in realtà comportare un notevole incremento dei costi connessi alla procedura. Laddove, infatti, la determinazione di una questione fattuale assuma una scarsa importanza all'interno di un primo procedimento, ma risulti, invece, decisiva per la soluzione di un'eventuale successiva controversia, le parti sarebbero comunque tenute a investire parte delle loro risorse al fine di non precludersi future argomentazioni⁸³.

Allo stesso modo, si potrebbe contestare l'affermazione secondo cui l'esigenza di prevedibilità delle soluzioni richieda – sempre e comunque – l'applicazione di regole transnazionali autonome. Laddove, infatti, sia invocata una sentenza resa da un giudice nazionale, in un sistema in cui non siano attribuiti effetti preclusivi e conclusivi alla decisione delle questioni pregiudiziali, l'applicazione in arbitrato della «*issue estoppel*» esporrebbe le parti a soluzioni non prevedibili al tempo del primo processo⁸⁴. Anche laddove fosse realmente favorita una maggiore prevedibilità delle decisioni, l'adozione di regole di carattere transnazionale in materia di *res judicata* si esporrebbe alle critiche generalmente mosse nei confronti degli strumenti di *soft law*: esse, infatti, potrebbero produrre un eccessivo irrigidimento della procedura, a tutto svantaggio della flessibilità che normalmente caratterizza il mezzo di risoluzione delle controversie in esame⁸⁵.

Come si può notare, i principi di carattere generale considerati da Schaffstein non si prestano a letture univoche e, di conseguenza, non sembrano poter costituire una base solida per l'elaborazione di una disciplina

⁸² Cfr. *supra*, capitolo III, al paragrafo 4.

⁸³ D. HOWELL, *Issue Estoppel Arising out of Foreign Interlocutory Court Proceedings in International Arbitration*, cit., pp. 167-168.

⁸⁴ È il c.d. «effetto sorpresa» di cui si è detto *supra*, capitolo IV, al paragrafo 2.1.

⁸⁵ Cfr. *supra*, capitolo V, nota 102.

specifica in materia di estensione oggettiva e soggettiva del giudicato. Il bilanciamento tra le contrapposte esigenze che vengono in rilievo nel contesto arbitrale, infatti, dipenderebbe in buona sostanza dalle opinioni personali dell'interprete⁸⁶.

Pertanto, anche laddove fosse possibile individuare un insieme coerente di regole transnazionali in punto di estensione oggettiva e soggettiva del giudicato nel contesto arbitrale, l'applicazione delle stesse a tutte le decisioni fatte valere in arbitrato – siano esse sentenze statali ovvero lodi arbitrali – appare frutto di un'impostazione dommatica che mal si concilia con una lettura in chiave autonoma del fenomeno arbitrale. Come abbiamo visto, infatti, la teoria dell'assimilazione degli effetti è espressione di un'impostazione positivista, secondo cui i valori giuridici stranieri debbono essere previamente recepiti e, quindi, «nazionalizzati» per poter spiegare efficacia all'interno dell'ordinamento⁸⁷. È evidente come un atteggiamento che pretenda di negare rilevanza autonoma ai valori giuridici provenienti dai diversi ordinamenti nazionali che entrano in contatto con la procedura si tradurrebbe in un difficilmente giustificabile – se non del tutto assurdo – «sciovinismo arbitrale», incompatibile con le ben note esigenze di coordinamento tra arbitrato e giurisdizione statale.

Infine, è utile evidenziare come anche all'atto pratico l'applicazione delle regole transnazionali suggerite dalla dottrina potrebbe condurre a risultati a tratti paradossali. Ci spieghiamo con un esempio. Si immagini la situazione in cui la società di diritto italiano Alfa concluda un contratto con la società di diritto tedesco Beta per la prestazione di attività di manutenzione presso lo stabilimento di Alfa situato in Francia. Nel contratto le parti indicano quale legge applicabile la legge francese e inseriscono una clausola arbitrale, che deferisce la soluzione delle controversie che potrebbero eventualmente sorgere nell'esecuzione del contratto a un tribunale arbitrale con sede a Ginevra. A seguito di un infortunio sul lavoro, Tizio, dipendente di Alfa nel suddetto stabilimento, agisce di fronte al giudice francese convenendo in giudizio Alfa e Beta. Il giudice, dopo aver

⁸⁶ Come ironicamente osservato da Schneider, spesso, nell'applicazione di linee guida «substantive research [is] replaced by the generalisation of personal opinions», cfr. M. SCHNEIDER, *The Essential Guidelines for the Preparation of Guidelines*, cit., p. 564.

⁸⁷ Cfr. *supra*, capitolo IV, al paragrafo 1.4.

accertato la scarsa manutenzione dei macchinari nello stabilimento di Alfa, condanna in solido le due società al risarcimento dei danni subiti da Tizio. Alfa avvia allora un procedimento arbitrale, chiedendo la risoluzione del contratto per inadempimento delle prestazioni e il risarcimento del danno. A sostegno delle sue argomentazioni, produce la sentenza resa dal giudice francese. Secondo quanto previsto dalle norme processuali francesi, come si è detto, la decisione non sarebbe idonea a produrre efficacia di giudicato con riferimento alle questioni di fatto o di diritto accertate in via pregiudiziale dal giudice (i.e. il non corretto adempimento di Beta nell'esecuzione del contratto di manutenzione). Identica soluzione è accolta negli altri ordinamenti in qualche modo collegati alla controversia (i.e. Italia, Svizzera e Germania). Nondimeno, laddove dovesse trovare applicazione le regole transnazionali proposte da Schaffstein, nel procedimento arbitrale, per effetto della *issue estoppel*, la sentenza resa dal giudice francese produrrebbe un'efficacia vincolante anche con riferimento all'accertamento dello stato di manutenzione degli impianti. Sebbene favorevole ad Alfa, tale risultato appare difficilmente conciliabile con le legittime aspettative delle parti tanto al momento della conclusione del contratto, quanto al tempo del primo processo. È, infatti, alquanto improbabile che le stesse si siano mai rappresentate che la scelta a favore dell'arbitrato commerciale internazionale avrebbe implicato anche l'opzione a favore di un sistema di preclusioni ben più pervasivo di quello conosciuto da tutti gli ordinamenti giuridici in qualche modo collegati con la controversia.

4. *Alcune considerazioni conclusive in merito alle soluzioni prospettate dalla prassi arbitrale e dalla dottrina al problema del riconoscimento degli effetti di giudicato nel procedimento arbitrale*

In definitiva, per quanto il tema del riconoscimento degli effetti del giudicato nel procedimento arbitrale sia stato oggetto di grande attenzione nel corso degli ultimi decenni, le soluzioni adottate nella prassi dei tribunali arbitrali o proposte dalla letteratura giuridica non ci sembrano del tutto soddisfacenti.

Come si è visto, l'esame della pratica arbitrale restituisce un quadro frammentato. La diversità degli approcci adottati, così come l'impossibilità di ricostruire il percorso argomentativo seguito dalla maggior parte dei tribunali arbitrali in ragione delle concise motivazioni che spesso accompagnano le decisioni, non permette di ricavare un insieme coerente di principi utili all'individuazione delle norme applicabili al giudicato all'interno della procedura arbitrale.

Dal canto suo, il tentativo di elaborare regole transnazionali autonome in materia di riconoscimento degli effetti del giudicato nella procedura arbitrale – in linea con l'approccio suggerito dalla più parte della dottrina – presta il fianco a numerose critiche. Anzitutto, il fondamento giuridico posto alla base delle tesi considerate – e, cioè, la rappresentazione autonomista del fenomeno arbitrale – appare quantomeno opinabile e, nei fatti, non unanimemente condiviso, dimodoché le argomentazioni proposte, per quanto articolate, prendono le mosse da concetti aprioristici non dimostrati. In secondo luogo, il percorso argomentativo seguito nell'elaborazione di tali regole non sembra coerente con la metodologia indicata dagli stessi fautori della rappresentazione autonomista. Le regole in parola, infatti, sono ben lungi dal rappresentare la tendenza prevalente accolta dalla collettività degli ordinamenti giuridici nazionali. Peraltro, l'affermazione secondo cui regole di *soft law* o di elaborazione dottrinale debbano essere applicate in via esclusiva, impedendo in ogni caso il ricorso a norme processuali di origine statale desta più d'una perplessità.

Infine, non si può mancare di osservare come le regole transnazionali proposte dalla dottrina comportino un sostanziale appiattimento della disciplina applicabile all'arbitrato sulle regole e sull'approccio adottato negli ordinamenti di *common law*, con i risultati a tratti paradossali che abbiamo evidenziato.

Sembra quindi legittimo domandarsi se l'applicazione di tali regole, più che fornire un'adeguata soluzione alle intricate problematiche sollevate dal giudicato, non si traduca in realtà in una eccessiva semplificazione – o banalizzazione – del tema oggetto di indagine.

CAPITOLO VII

RICOSTRUZIONE DEGLI EFFETTI DEL GIUDICATO NEL PROCEDIMENTO ARBITRALE: TRA GIURISDIZIONE DEL TRIBUNALE E AMMISSIBILITÀ DELLA DOMANDA

SOMMARIO: 1. Qualificazione delle questioni sollevate dall'invocazione di una precedente decisione nel procedimento arbitrale. – 2. La soluzione delle questioni di giudicato che sottendono una contestazione della giurisdizione del tribunale arbitrale. – 3. La soluzione delle questioni di giudicato che rilevano ai fini dell'ammissibilità o di fondatezza nel merito della domanda e delle eccezioni. – 3.1. Possibili conseguenze di una «errata» applicazione della teoria della *res judicata*. – 3.2. Autonomia privata e scelta della legge applicabile alle questioni di giudicato. – 3.3. Il riconoscimento delle decisioni nel procedimento arbitrale. – 3.4. Possibilità di adottare un approccio differenziato per la soluzione delle problematiche sollevate dal giudicato in arbitrato. – 3.4.1. L'effetto di *res judicata* delle sentenze statali. – 3.4.2. L'effetto di *res judicata* dei lodi arbitrali.

1. *Qualificazione delle questioni sollevate dall'invocazione di una precedente decisione nel procedimento arbitrale*

Come abbiamo visto nel precedente capitolo, le soluzioni adottate nella prassi arbitrale o proposte dalla dottrina non appaiono pienamente soddisfacenti: tanto l'approccio conflittuale quanto l'approccio autonomista presuppongono l'esistenza di norme – di conflitto o di diritto materiale – difficilmente individuabili.

Se, come probabile, tali regole semplicemente non esistono¹, si rende

¹ Come suggerito da Mayer, cfr. P. MAYER, *L'autorité de chose jugée des sentences entre les parties*, cit., p. 101.

allora necessario modificare la prospettiva per affrontare le questioni sollevate dal giudicato nel contesto dell'arbitrato commerciale internazionale.

Anzitutto, pare opportuno interrogarsi sulla corretta qualificazione delle problematiche che emergono nell'applicazione della teoria della *res judicata* all'interno della procedura arbitrale.

Come abbiamo visto, il giudicato rileva sul piano processuale come limitazione al potere dell'autorità giurisdizionale di conoscere nuovamente del merito della controversia, ovvero delle questioni giuridiche o fattuali già accertate in un diverso giudizio². Laddove una parte faccia valere in arbitrato gli effetti preclusivi e conclusivi di un provvedimento giurisdizionale, generalmente essa non intende mettere in questione la validità o l'operatività dell'accordo compromissorio, né tantomeno contestare l'esistenza del potere giurisdizionale degli arbitri; più semplicemente, chi solleva un'eccezione di giudicato sostiene che tale potere non debba essere nuovamente esercitato – non soltanto dal tribunale arbitrale, ma da qualsiasi altro giudice – in ragione della vincolatività dell'accertamento contenuto nella precedente decisione. Per questa ragione, la dottrina ha rilevato come le problematiche del giudicato debbano qualificarsi come questioni di «ammissibilità» della domanda e non come obiezioni alla giurisdizione del tribunale arbitrale³. Gli effetti conformativi del giudicato potrebbero poi dover essere valutati ai fini della fondatezza nel merito delle domande o delle eccezioni. In tale prospettiva, peraltro, l'eccezione di cosa giudicata non potrebbe essere ridotta a mera questione procedurale – secondo una qualificazione della stessa come *rule of evidence*⁴ – e, perciò, l'individuazione delle regole a essa applicabili non potrebbe essere frutto di scelte arbitrarie, fondate sulla piena discrezionalità generalmente accordata al tribunale arbitrale nella conduzione della procedura⁵.

² Cfr. *supra*, capitolo I, al paragrafo 4.1.

³ Cfr. G.L. WALTERS, *Fitting a Square Peg into a Round Hole Do Res Judicata Challenges in International Arbitration Constitute Jurisdictional or Admissibility Problems?*, cit., p. 675 ss.; F.G. SANTACROCE, *Navigating the troubled waters between jurisdiction and admissibility: an analysis of which law should govern characterization of preliminary issues in international arbitration*, in *Arb. Int.*, 2017, 33, p. 539 ss., spec. p. 551.

⁴ Cfr. *supra*, capitolo I, al paragrafo 4.2.

⁵ N. ZAUGG, *Objective scope of res judicata of arbitral awards – Is there room for discretion?*, cit., pp. 329-330.

Se, nella maggior parte dei casi, una simile qualificazione appare condivisibile, nondimeno occorre rilevare come in talune ipotesi l'eccezione di giudicato sottenda, in realtà, un'obiezione alla giurisdizione del tribunale arbitrale. Laddove, infatti, una parte sostenga che un precedente provvedimento giurisdizionale – reso da un giudice statale o da un diverso tribunale arbitrale sulla scorta di un diverso accordo compromissorio – abbia già risolto, in tutto o in parte, la specifica questione oggetto della controversia, si prospettano due possibilità: o il primo giudice o arbitro non aveva giurisdizione per conoscere del merito della controversia in ragione dell'accordo arbitrale con cui le parti hanno deferito la soluzione della lite al tribunale arbitrale – e in tal caso la prima decisione non potrà spiegare efficacia di giudicato – oppure il primo giudice o arbitro aveva giurisdizione – poiché l'accordo arbitrale da cui ripete il potere giurisdizionale il secondo tribunale arbitrale è invalido ovvero perché la controversia esula dall'oggetto dello stesso – e in tal caso gli arbitri dovranno rigettare le domande non in ragione di una loro presunta inammissibilità, quanto piuttosto perché privi di giurisdizione.

La diversa natura delle problematiche che solleva l'invocazione di una precedente decisione rende, dunque, opportuna una trattazione differenziata.

2. La soluzione delle questioni di giudicato che sottendono una contestazione della giurisdizione del tribunale arbitrale

L'invocazione in un successivo procedimento arbitrale dell'eccezione di giudicato sottende, in realtà, un'obiezione alla giurisdizione del tribunale arbitrale laddove sia fatta valere:

1. una precedente decisione che abbia accertato l'invalidità dell'accordo compromissorio su cui si fonda la procedura arbitrale;
2. una sentenza resa da un giudice statale o un lodo reso in forza di un diverso accordo arbitrale, in merito alla medesima situazione soggettiva oggetto della domanda sottoposta alla cognizione del tribunale arbitrale;
3. una sentenza statale o un lodo reso in forza di un diverso accordo arbitrale in cui sia stata decisa in via pregiudiziale la questione che costi-

tuisce oggetto dell'arbitrato e si sostenga che gli effetti preclusivi della decisione debbano estendersi anche a tale questione pregiudiziale.

Nelle prime due ipotesi il problema fondamentale non è tanto quello di definire le regole applicabili all'estensione dell'efficacia preclusiva e conclusiva delle rispettive decisioni invocate in giudizio, quanto piuttosto di determinare se e a quali condizioni tali provvedimenti possano essere riconosciuti e produrre effetti all'interno della procedura arbitrale. La conseguenza diretta – ancorché implicita con riferimento alla seconda ipotesi – di un loro eventuale riconoscimento, infatti, è che il tribunale arbitrale non ha giurisdizione con riferimento alla specifica controversia sottoposta alla sua cognizione.

Le possibili soluzioni a tali problematiche appaiono inevitabilmente condizionate dal modo in cui l'interprete concepisce e si rappresenta il fenomeno arbitrale. Sulla scorta di quanto abbiamo discusso nel capitolo V, infatti, in una prospettiva territorialista il tribunale arbitrale non potrebbe che riconoscere gli effetti di giudicato prodotti dalle decisioni rese dal giudice dello Stato in cui ha sede la procedura. Allo stesso modo, assumerebbero efficacia vincolante i provvedimenti resi da un giudice straniero in merito alla validità dell'accordo compromissorio o alla medesima situazione soggettiva oggetto di arbitrato, a condizione che gli stessi siano riconosciuti nell'ordinamento della sede. In una prospettiva autonomista, invece, tanto le decisioni rese dal giudice della sede quanto quelle emanate da un giudice straniero non dovrebbero essere *necessariamente* riconosciute in seno alla procedura arbitrale⁶. In forza del principio «competence-competence», infatti, al tribunale arbitrale dovrebbe essere attribuito in ogni caso il potere di decidere sulla propria giurisdizione⁷. Secondo tale ricostruzione, peraltro, un eventuale annullamento del lodo nello Stato della sede non impedirebbe una sua esecuzione negli altri ordinamenti, poiché: «although the courts of the arbitral seat may properly consider jurisdictional matters, and although their decisions will be binding

⁶ Cfr. G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 3781 ss. Lo stesso autore, tuttavia, ammette come: «this conclusion is controversial because it rests on a premise of the arbitral tribunal's autonomy from the courts of the arbitral seat».

⁷ C. DEBOURG, *L'autorité de chose jugée des décisions relatives à la compétence arbitrale*, cit., p. 139.

within the territory of the arbitral seat, those decisions cannot properly bind either the arbitral tribunal or other national courts insofar as application of the [New York] Convention is concerned. Rather, other national courts have an independent, free-standing obligation under Articles II and III of the Convention to consider the scope and effect of the arbitration agreement and to resolve those issues consistently with the Convention: put differently, the jurisdictional determination of the courts of the seat would only be legitimate, and potentially entitled to recognition, if it was correct»⁸.

Se in linea teorica tali argomentazioni non appaiono prive di pregio, non si può non considerare che, salvo limitate eccezioni, di regola l'annullamento del lodo costituisce motivo di diniego del riconoscimento e dell'esecuzione dello stesso⁹.

Per le ragioni già ampiamente illustrate, abbiamo ritenuto preferibile qualificare l'arbitrato internazionale come fattispecie giurisdizionale che presenta elementi di collegamento con una molteplicità di ordinamenti, tra i quali assume particolare rilevanza quello in cui ha sede la procedura arbitrale. Abbiamo, infatti, evidenziato come ad oggi, per effetto dell'adozione di una norma di conflitto unilaterale da parte della grande maggioranza degli ordinamenti giuridici nazionali, la sede rappresenti il principale criterio di collegamento nonché il titolo generale di giurisdizione per l'individuazione, rispettivamente, della legge applicabile all'arbitrato e del giudice competente a dirimere le diverse questioni che potrebbero sorgere nel corso del procedimento (e che non possano essere risolte dal tribunale arbitrale).

In questa prospettiva, ragioni di carattere pragmatico – fondate su un atteggiamento «realista» nei confronti del mezzo di risoluzione delle controversie in esame – suggeriscono l'opportunità di riconoscere in ogni caso l'efficacia vincolante delle decisioni sulla giurisdizione del tribunale

⁸ G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 3783. Ciò, con ogni evidenza, comporterebbe in sede di riconoscimento del lodo un nuovo giudizio di merito sulla validità dell'accordo compromissorio (o, più in generale, sulla giurisdizione del tribunale arbitrale) e, quindi, *de facto* significherebbe non riconoscere la sentenza resa dal giudice della sede in merito alla giurisdizione del tribunale arbitrale (oltre, ovviamente, alla sentenza di annullamento del lodo).

⁹ Per le eccezioni, cfr. *supra*, capitolo V, nota 63.

arbitrale rese dal giudice dello Stato in cui ha sede la procedura. Analogamente, la possibilità di riconoscere o ignorare gli effetti delle decisioni rese da un giudice straniero sul punto in questione dovrebbe dipendere dall'approccio adottato nell'ordinamento in cui ha sede la procedura. Se è vero, infatti, che gli arbitri non sono organi dello Stato e non sono necessariamente tenuti ad applicare le norme processuali o di diritto internazionale privato e processuale dell'ordinamento della sede, è altresì vero che il loro compito è anzitutto quello di rendere una decisione capace di produrre effetti tra le parti e idonea a costituire titolo per un'eventuale esecuzione forzata. Non riconoscere gli effetti delle decisioni riguardanti la giurisdizione del tribunale arbitrale rese nell'ordinamento della sede o ivi riconosciute comprometterebbe inevitabilmente tale finalità. Nella grande maggioranza delle ipotesi, infatti, il lodo sarebbe *inutiliter dato* e il procedimento si risolverebbe in un mero esercizio di dialettica giuridica, con buona pace per le esigenze di economia ed efficienza processuale.

Se l'attribuzione di efficacia alle sentenze rese nello Stato in cui ha sede la procedura arbitrale non solleva particolari difficoltà, il riconoscimento delle decisioni provenienti da un diverso ordinamento potrebbe essere, invece, più complesso.

Sintomatico in questo senso è il regime in vigore nello spazio giudiziario dell'Unione europea. Come noto, la circolazione delle decisioni relative alla validità ed efficacia degli accordi arbitrali è esclusa dal campo di applicazione del diritto uniforme europeo e l'art. 73, par. 2 del regolamento Bruxelles I-*bis* fa espressamente salva l'applicazione della Convenzione di New York del 1958. Allo stesso tempo, tuttavia, il considerando 12 dello stesso regolamento prevede che «la decisione adottata da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro che eserciti la competenza giurisdizionale in base al presente regolamento o in base al diritto nazionale, che dichiara nulla, inoperante o inapplicabile una convenzione arbitrale non dovrebbe impedire il riconoscimento e, se del caso, l'esecuzione, conformemente al presente regolamento, della decisione dell'autorità giurisdizionale nel merito della controversia».

All'interno dello spazio giudiziario europeo occorre, pertanto, distinguere tra le decisioni che rientrano nella prima ipotesi – e, cioè, quelle che interessano direttamente la validità o l'efficacia dell'accordo compromissorio – dalle decisioni che rientrano nella seconda ipotesi. Se ai fini

della circolazione delle prime si applicano in ogni caso le regole di diritto comune in vigore nello Stato richiesto, nella seconda ipotesi la necessità di riconoscere le decisioni adottate dai giudici degli altri Stati membri che, dichiarando l'invalidità o l'inefficacia dell'accordo compromissorio, si pronuncino sul merito della controversia dovrebbe impedire la prosecuzione del procedimento arbitrale¹⁰.

Al di fuori del campo di applicazione del diritto uniforme europeo (o di regimi convenzionali in materia di riconoscimento delle decisioni), le soluzioni possono ovviamente variare in ragione delle diverse scelte operate a livello nazionale. In Francia, ad esempio, l'art. 1456 c.p.c. attribuisce al tribunale arbitrale la competenza esclusiva di conoscere e decidere le questioni attinenti alla propria giurisdizione; di conseguenza, una decisione degli arbitri contraria a un precedente giudicato straniero in materia di validità dell'accordo compromissorio non pregiudica necessariamente la validità del lodo¹¹. Al contrario, in Svizzera – secondo la giurisprudenza del Tribunale federale¹² – la decisione resa dal giudice stranie-

¹⁰ Cfr. sul punto F. SALERNO, *Il coordinamento tra arbitrato e giustizia civile nel regolamento UE n. 1215/2012*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 1146 ss.; A. LEANDRO, *Arbitrato e giurisdizione statale: coabitazione (dis)armonica nello spazio giudiziario europeo anche con l'avvento del regolamento UE n. 1215/2012*, in G. BIAGIONI (a cura di), *Il principio dell'armonia delle decisioni civili e commerciali nello spazio giudiziario europeo*, Torino, 2015, p. 132. L'Autore, peraltro, osserva come, laddove il procedimento arbitrale sia già giunto a conclusione, la circolazione della decisione (statale o arbitrale) successivamente resa (o per cui sia stato chiesto il riconoscimento in un momento successivo, nel caso di lodo arbitrale) potrebbe essere escluso in forza del principio di ordine pubblico processuale, rilevante tanto nel regime della Convenzione di New York del 1958 che nel sistema Bruxelles, al fine di salvaguardare la certezza e stabilità dei rapporti giuridici. Peraltro, mette conto rammentare come, nel diritto uniforme dell'Unione, ai giudici degli Stati membri sia preclusa ogni azione volta a inibire la prosecuzione di un giudizio avviato dinanzi alle autorità di un diverso Stato membro su materia (in ipotesi) coperta da accordo compromissorio mediante l'emanazione delle c.d. *anti-suit injunctions*. Tale preclusione ha in parte perso di pregnanza a seguito dell'uscita del Regno Unito – i.e. ordinamento in cui sono nate le *anti-suit injunctions* e unico sistema di *common law* dell'Unione oltre all'Irlanda – dall'Unione europea, cfr. A. BRIGGS, *Brexit and Private International Law: an English Perspective*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2019, p. 270 ss.

¹¹ C. DEBOURG, *L'autorité de chose jugée des décisions relatives à la compétence arbitrale*, cit., p. 139.

¹² Tribunale Federale svizzero, ATF 140 III 278 del 24 maggio 2014.

ro in merito alla validità dell'accordo compromissorio o alla medesima situazione soggettiva oggetto di arbitrato dovrebbe ritenersi vincolante anche per il tribunale arbitrale, a condizione, tuttavia, che essa sia riconoscibile nell'ordinamento della sede.

Nella terza ipotesi – e, cioè, laddove una sentenza statale o un lodo reso in forza di un diverso accordo arbitrale abbia risolto in via pregiudiziale la questione che costituisce oggetto principale dell'arbitrato e si sostenga che gli effetti della decisione debbano estendersi anche a tale questione – il discorso potrebbe apparire per certi aspetti più complesso. In prima battuta, si dovrebbe valutare se la sentenza o il lodo in oggetto sia riconoscibile all'interno della procedura arbitrale. In secondo luogo, una volta appurato che la decisione è idonea a produrre effetti all'interno del procedimento, occorrerebbe individuare la disciplina applicabile al giudicato, così da verificare se l'accertamento delle questioni pregiudiziali operata dal primo giudice possa considerarsi *res judicata*. Senonché, come si è visto, anche negli ordinamenti in cui l'ambito di efficacia preclusiva del giudicato si estende alla soluzione delle questioni di fatto o di diritto che rappresentino l'«ingrediente fondamentale» della decisione, le rispettive preclusioni non operano mai in modo automatico. Al contrario, tanto la *issue estoppel* quanto la *issue preclusion* presuppongono necessariamente una valutazione del giudice (o, in questo caso, dell'arbitro) in merito all'opportunità di considerare preclusa la trattazione delle questioni dibattute e decise in occasione del primo contenzioso¹³.

In questa prospettiva, allora, la considerazione della portata conclusiva e preclusiva della decisione delle questioni pregiudiziali operata dal primo giudice (o arbitro) non può non misurarsi con una valutazione circa la validità ed efficacia dell'accordo compromissorio da cui deriva il potere del tribunale arbitrale successivamente adito. Nel caso in cui quest'ultimo sia valido ed efficace e la questione pregiudiziale asseritamente coperta da giudicato rientri nell'ambito operativo di detto accordo, il riconoscimento di un'efficacia particolarmente ampia al primo giudicato si tradurrebbe, di fatto, in una frustrazione della volontà delle parti, che, per l'appunto, avevano deferito la soluzione delle situazioni soggettive in questione in arbitrato (alle condizioni e nei termini previsti nell'accordo compromiss-

¹³ Cfr. *supra*, capitolo II, al paragrafo 3.2.2.

sorio). Pertanto, anche se in linea teorica la disciplina applicabile al giudicato dovesse ammettere la regola della *issue estoppel* o *issue preclusion*, risulterebbe nei fatti poco opportuno considerare *res judicata* la soluzione delle questioni pregiudiziali fornita dal primo giudice. Laddove, invece, l'accordo arbitrale fosse invalido o inefficace, il tribunale arbitrale sarebbe privo di giurisdizione. Di conseguenza, esso non avrebbe titolo per conoscere della controversia e nemmeno potrebbe accertare gli effetti di giudicato relativi alle questioni pregiudiziali decise nel primo contenzioso.

In altre parole, qualora ci si interroghi circa la portata preclusiva della sentenza statale o del lodo reso in forza di un diverso accordo compromissorio che abbia risolto in via pregiudiziale la questione che costituisce oggetto dell'arbitrato, il punto focale non sembra essere tanto l'individuazione della disciplina applicabile al giudicato, quanto piuttosto la valutazione della validità e dell'efficacia dell'accordo compromissorio da cui deriva il potere del tribunale arbitrale successivamente adito. Infatti, delle due l'una: o quest'ultimo è invalido o inefficace – ma allora il tribunale non avrebbe nemmeno il potere di accertare i supposti effetti di giudicato della prima decisione – oppure esso è valido ed efficace e in quanto tale esclude *ab origine* la possibilità di riconoscere efficacia preclusiva alla soluzione delle questioni decise in via pregiudiziale nel primo contenzioso.

3. *La soluzione delle questioni di giudicato che rilevano ai fini dell'ammissibilità o di fondatezza nel merito della domanda e delle eccezioni*

L'invocazione della *res judicata* solleva, invece, questioni di ammissibilità o di fondatezza delle domande o delle eccezioni formulate in seno alla procedura arbitrale laddove sia fatto valere:

1. un lodo arbitrale reso in forza del medesimo accordo compromissorio che interessi la medesima situazione soggettiva oggetto della domanda sottoposta alla cognizione del tribunale arbitrale;
2. un lodo arbitrale reso in forza del medesimo accordo compromisso-

rio che interessi un diritto soggettivo o un rapporto giuridico dipendente rispetto alla situazione soggettiva oggetto della domanda sottoposta alla cognizione del tribunale arbitrale, laddove si prospetti che tale decisione sulla questione dipendente implichi altresì una decisione implicita sulla questione pregiudiziale oggetto del secondo procedimento;

3. un lodo arbitrale reso in forza dello stesso o di un diverso accordo compromissorio, ovvero una sentenza statale che interessi una diversa situazione soggettiva, per la cui decisione il primo giudice ha dovuto definire una questione di diritto o accertare una circostanza di fatto rilevante anche per la decisione della domanda sottoposta alla cognizione del tribunale arbitrale.

In queste ipotesi, infatti, l'invocazione degli effetti di giudicato della precedente decisione non è diretta a mettere in dubbio la validità o l'operatività dell'accordo compromissorio, né, più in generale, a contestare l'esistenza del potere giurisdizionale degli arbitri, ma, piuttosto, a sostenere che tale potere non possa o non debba essere in tutto o in parte esercitato, o che nell'esercizio di tale potere gli arbitri debbano conformarsi a quanto deciso nel precedente giudizio, in ragione degli effetti preclusivi e conclusivi della *res judicata*.

3.1. *Possibili conseguenze di una «errata» applicazione della teoria della res judicata*

Come noto, di regola le decisioni in merito all'ammissibilità della domanda non possono formare oggetto di sindacato in occasione di un eventuale procedimento di impugnazione del lodo¹⁴. Tuttavia, si è visto come la definizione dell'ambito di efficacia di una precedente decisione chiami in causa principi di fondamentale rilievo, quali, nello specifico, le esigenze di coerenza interna dell'ordinamento ed economia processuale da un lato e il rispetto del diritto al contraddittorio e del diritto di agire e difendersi in giudizio dall'altro. Per tale ragione, una violazione sostanziale delle norme in materia di *res judicata* potrebbe essere considerata lesiva dei prin-

¹⁴ Cfr. *ex multis*, F.G. SANTACROCE, *Navigating the troubled waters between jurisdiction and admissibility*, cit., pp. 552-553.

cipi di ordine pubblico processuale accolti nei diversi ordinamenti in cui la decisione arbitrale è chiamata a spiegare i suoi effetti¹⁵ e, quindi, portare all'annullamento del lodo nell'ordinamento in cui ha sede la procedura o al diniego del riconoscimento e dell'esecuzione negli altri Stati.

In particolare, con riferimento ai profili di invalidità del lodo, il mancato rispetto delle norme sul giudicato potrebbe alternativamente assumere rilievo autonomo, in ragione del contrasto con una precedente decisione, oppure essere considerato contrario ai principi di ordine pubblico. A titolo di esempio, nell'ordinamento italiano l'art. 829 c.p.c. prevede espressamente quale motivo di nullità del lodo la contrarietà dello stesso rispetto «ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti, purché tale lodo o tale sentenza sia stata prodotta nel procedimento». Di converso, nell'ordinamento svizzero la giurisprudenza del Tribunale Federale ha affermato come la violazione delle norme sul giudicato e il riconoscimento di un'efficacia preclusiva più ampia di quella normalmente accordata dalle norme processuali svizzere contrasti con i principi di ordine pubblico e, pertanto, possa portare all'annullamento del lodo¹⁶. Più di recente, anche nell'ordinamento tedesco si è ritenuto che la mancata (o errata) applicazione delle norme sul giudicato possa integrare una violazione dell'ordine pubblico, sull'assunto che «tra i valori costituzionali fondamentali del diritto processuale

¹⁵ In questo senso, cfr. IBA SUBCOMMITTEE ON RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF ARBITRAL AWARDS, *Report on the Public Policy Exception in the New York Convention*, 2015, p. 15, reperibile al sito web: https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Recognntn_Enfrcemnt_Arbitl_Awrd/publicpolicy15.aspx. Si veda in questo senso anche A. LEANDRO, *Arbitrato e giurisdizione statale: coabitazione (dis)armonica nello spazio giudiziario europeo anche con l'avvento del regolamento UE n. 1215/2012*, cit., pp. 133-134.

¹⁶ Tribunale Federale Svizzero, 27 III 279 del 14 maggio 2001, spec. par. 2.b; Tribunale Federale Svizzero, 136 III 345 del 13 aprile 2010, spec. par. 2.1; Tribunale Federale Svizzero, 4A_374/2014 del 26 febbraio 2015, spec. par. 4.2.1; Tribunale Federale Svizzero, 141 III 229 del 29 maggio 2015, spec. par. 3.2.4; Tribunale Federale Svizzero, 4A_508/2013 del 27 maggio 2014, spec. par. 3.1. In particolare, in quest'ultima decisione il Tribunale Federale ha specificato come gli effetti di giudicato di una decisione straniera invocata in un arbitrato avente sede in Svizzera debbano essere valutati in conformità con quanto previsto dalla legge svizzera e, in particolare, in applicazione della teoria della doppia confinazione.

tedesco si annovera anche il principio della *res judicata*¹⁷.

Per quanto concerne la circolazione della decisione negli ordinamenti diversi dallo Stato della sede della procedura in cui è invocata una precedente decisione, l'art. V.1 della Convenzione di New York del 1958 non conferisce rilevanza autonoma al mancato rispetto delle norme sulla *res judicata*. Nondimeno, è stato autorevolmente sostenuto che la violazione delle regole fondamentali in tema di giudicato potrebbe portare al diniego di riconoscimento per violazione dei principi di ordine pubblico (processuale), ai sensi dell'art. V.2 della Convenzione¹⁸.

Se si accetta la prospettiva secondo cui il compito del tribunale arbitrale è anzitutto quello di rendere una decisione valida e produttiva di effetti, esso non potrà non considerare la disciplina della *res judicata* accolta a livello statale nell'ordinamento della sede o in cui dovrà essere portato in esecuzione il lodo. Ciò non significa, ovviamente, che il limite dell'ordine pubblico imponga di per sé solo una pedissequa applicazione delle regole sul giudicato previste nei diversi ordinamenti con cui la procedura entra in contatto. Come abbiamo visto, infatti, il limite in parola impedisce la produzione di effetti manifestamente incompatibili con i principi fondamentali cui s'ispira l'ordinamento, ma non richiede, né tantomeno impone, che le norme straniere rispondano a finalità sostanzialmente analoghe a quelle perseguite dalla disciplina interna. Di conseguenza, l'applicazione di norme processuali sul giudicato (anche teleologicamente) diverse da quelle previste nell'ordinamento in cui ha sede la procedura o in cui è richiesto il riconoscimento del lodo non è di per sé una ragione sufficiente per escludere la validità o riconoscibilità della decisione. Ciò che conta ai fini dell'applicazione del limite in parola è che l'applicazione di una diversa disciplina non si traduca in un inaccettabile sacrificio dei valori fondamentali che vengono in rilievo con riguardo al tema del giudicato e, segnatamente, del principio del giusto processo, con tutto ciò che esso comporta con riferimento alla necessità di garantire, da un lato, la

¹⁷ *Bundesgerichtshof*, I ZB 9/18 del 11 ottobre 2018 (BGH NJW-RR 2019, 762).

¹⁸ M.V. BENEDETTELLI, M. SABATINI, *Italy – Country report on public policy and Italian law of international arbitration*, 2015, p. 8, reperibile al sito web: https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Recognntn_Enfrcmnt_Arbtl_Awrdr/publicpolicy15.aspx.

certezza e stabilità delle situazioni giuridiche e, dall'altro, il rispetto del diritto di azione o difesa nonché del diritto al contraddittorio.

3.2. *Autonomia privata e scelta della legge applicabile alle questioni di giudicato*

Appare anzitutto necessario interrogarsi sul possibile ruolo svolto dall'autonomia privata nella soluzione delle questioni sollevate dall'invocazione di una precedente decisione nel corso dell'arbitrato. Nello specifico, è necessario domandarsi se alle parti sia consentito di determinare liberamente la disciplina applicabile al giudicato.

Come abbiamo visto nei capitoli precedenti, la grande maggioranza degli ordinamenti nazionali riconosce alle parti ampi spazi di autonomia nella determinazione della disciplina applicabile all'arbitrato. Il potere stesso degli arbitri si fonda sulla volontà delle parti e, come si è detto, la totale libertà riconosciuta ai privati nell'individuazione della sede del procedimento, combinata con il sempre più diffuso atteggiamento liberale delle leggi arbitrali, garantisce ampi margini di autonomia nell'individuazione tanto delle regole della procedura quanto della legge applicabile al merito della controversia¹⁹.

Al contempo, però, abbiamo visto come la teoria della *res judicata* non risponda unicamente a interessi di natura privata. L'attribuzione di effetti conclusivi e preclusivi alla decisione resa dall'organo giurisdizionale competente, prevenendo la duplicazione dei procedimenti, contribuisce a ridurre il rischio di contrasto tra giudicati e assicura maggiore efficienza al sistema giudiziario nel suo complesso²⁰. Per tale ragione, nel contenzioso giudiziale nazionale la disciplina sugli effetti del giudicato non è di norma derogabile dalle parti. Nondimeno, a una più attenta analisi, gli interessi pubblici che giustificano una certa «rigidità» della disciplina del giudicato a livello statale paiono assumere un diverso peso nell'ambito dell'arbitrato commerciale internazionale. In tale contesto, infatti, le spese della lite sono di regola sostenute integralmente dai privati e i procedi-

¹⁹ Cfr. *supra*, capitolo V, al paragrafo 2.3.1.

²⁰ Cfr. *supra*, capitolo I, al paragrafo 2.2.

menti non gravano sul ruolo dei giudici nazionali, sicché l'eventuale ripetizione del contenzioso non incide sull'efficienza del sistema predisposto dallo Stato per la tutela giurisdizionale dei diritti. Come si è visto, poi, negli ordinamenti statuali che in qualche modo entrano in contatto con l'arbitrato, la coerenza interna delle decisioni è di norma garantita dalla previsione del contrasto di giudicati quale motivo di impugnazione del lodo arbitrale o quale condizione ostativa al riconoscimento dello stesso.

In questa prospettiva, dunque, non ci sembra che vi siano particolari ragioni teoriche che si oppongano affinché alle parti sia riconosciuta la libertà di determinare la disciplina applicabile al giudicato, conformemente al generale atteggiamento di *favor* nei confronti dell'autonomia privata nel contesto arbitrale. Anzi, una chiara indicazione di volontà in tal senso sembra poter solo favorire una maggior prevedibilità delle soluzioni, a tutto beneficio della certezza del diritto e dell'ordinato sviluppo delle relazioni commerciali transnazionali²¹.

Nei fatti, tuttavia, appare obiettivamente poco plausibile che le parti effettuino una simile scelta. Invero, è del tutto improbabile che i privati si pongano il problema di individuare la legge applicabile alle questioni sollevate dal giudicato all'atto della stipulazione dell'accordo compromissorio. Per quanto le clausole arbitrali siano spesso molto elaborate²², difficilmen-

²¹ Come ovvio, anche in questo caso il tribunale arbitrale dovrà assicurarsi che l'applicazione della disciplina individuata dalle parti non produca effetti incompatibili con i principi fondamentali degli ordinamenti che entrano in contatto con la procedura. Al fine di salvaguardare la validità ed eseguibilità del lodo, l'esercizio dell'autonomia privata dovrà dunque mantenersi entro i limiti dell'ordine pubblico dell'ordinamento della sede o dell'ordinamento in cui dovrà essere eseguita la decisione.

²² Si vedano, a titolo di esempio, le clausole modello suggerite dalle principali istituzioni arbitrali: «All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules» (Clausola modello ICC); «Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration under the LCIA Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause. The number of arbitrators shall be [one/three]. The seat, or legal place, of arbitration shall be [City and/or Country]. The language to be used in the arbitral proceedings shall be [] The governing law of the contract shall be the substantive law of []» (Clausola modello LCIA); «All disputes

te il grado di dettaglio delle stesse arriva sino a definire le norme processuali applicabili a una problematica come quella del giudicato, che, per quanto rilevante, non è certo tra le più frequenti. Né eventuali espressioni che affermino il carattere finale e vincolante della decisione paiono dirimenti al fine di individuare la specifica regolamentazione degli effetti preclusivi e conclusivi delle decisioni invocate in arbitrato²³. Come si è visto, infatti, tutte le legislazioni nazionali sul punto si prefiggono tale scopo, ma finiscono poi per prevedere una diversa regolamentazione del giudicato, in ragione di un differente bilanciamento tra i valori contrastanti che vengono in rilievo. Al contempo, per ovvie ragioni, è poco plausibile che le parti riescano a trovare un accordo sulla legge applicabile al giudicato una volta che sia sorta la controversia, giacché, arrivate a tal punto, esse potranno agevolmente rappresentarsi le conseguenze – più o meno favorevoli, a seconda delle rispettive posizioni – derivanti dall'applicazione di una specifica disciplina.

Di conseguenza, se in linea teorica sembra doversi ammettere la possibilità di scelta della disciplina applicabile al giudicato a opera delle parti, nei fatti appare alquanto improbabile che ciò avvenga.

– included those of not contractual nature – arising out of, related or connected to this agreement shall be settled by arbitration under the Rules of the Milan Chamber of Arbitration (the Rules), by [a sole arbitrator / three arbitrators], appointed in accordance with the Rules, which are deemed to be incorporated by reference into this clause». (Clausola modello CAM); «Any dispute, controversy, difference or claim arising out of or relating to this contract, including the existence, validity, interpretation, performance, breach or termination thereof or any dispute regarding non-contractual obligations arising out of or relating to it shall be referred to and finally resolved by arbitration administered by the Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) under the HKIAC Administered Arbitration Rules in force when the Notice of Arbitration is submitted. The law of this arbitration clause shall be [Hong Kong law]. The seat of arbitration shall be [Hong Kong]. The number of arbitrators shall be [one or three]. The arbitration proceedings shall be conducted in [insert language]». (Clausola modello HKIAC).

²³ A titolo di esempio, le clausole modello ICC, LCIA e HKIAC sopra riportate specificano che la controversia dovrà essere «*finally* settled/resolved».

3.3. *Il riconoscimento delle decisioni nel procedimento arbitrale*

In mancanza di una chiara indicazione delle parti, è compito del tribunale arbitrale individuare la disciplina applicabile all'efficacia conclusiva e preclusiva delle decisioni fatte valere all'interno della procedura arbitrale.

Come si è visto, il presupposto perché una decisione possa trovare applicazione in un ordinamento diverso da quello da cui essa proviene è il suo riconoscimento²⁴. Nei capitoli precedenti abbiamo potuto apprezzare come la funzione del riconoscimento sia anzitutto quella di fornire un trattamento uniforme alle posizioni giuridiche soggettive già accertate all'esito di un procedimento giudiziale. Attribuire efficacia all'atto giurisdizionale straniero comporta una rinuncia dell'ordinamento ricevente a provvedere a una regolamentazione autonoma del rapporto giuridico in questione, al fine di assicurare stabilità e continuità alle situazioni giuridiche che fanno capo ai medesimi soggetti nei diversi ordinamenti. Una simile esigenza è particolarmente sentita laddove ci si muova nell'ambito delle relazioni tra privati che presentino elementi di transnazionalità e quindi, a maggior ragione, nell'arbitrato commerciale internazionale.

Nondimeno, le difficoltà che accompagnano la caratterizzazione del fenomeno arbitrale si riflettono inevitabilmente sulla possibilità di qualificare la decisione invocata dalle parti come «straniera» e, di conseguenza, sulla necessità di operare un «riconoscimento» della stessa. Nella prospettiva autonomista, infatti, le sentenze statali dovrebbero in ogni caso ritenersi «esterne» all'ordinamento arbitrale, mentre i lodi potrebbero sempre qualificarsi come decisioni «interne». Di contro, nella prospettiva territorialista, solo le sentenze statali rese da un giudice diverso da quello della sede e i lodi resi sul territorio di un diverso Stato dovrebbero qualificarsi come estranei all'ordinamento in cui opera il tribunale arbitrale. In entrambi i casi, peraltro, si pone il problema di individuare i presupposti e le modalità per il riconoscimento delle decisioni qualificate come «straniere».

Come già detto, le nostre considerazioni muovono da una qualificazione del fenomeno arbitrale quale fattispecie giurisdizionale collegata con

²⁴ Cfr. *supra*, capitolo III.

una molteplicità di ordinamenti, tra i quali assume particolare rilevanza quello in cui ha sede la procedura arbitrale. In tale prospettiva, le particolari esigenze di coordinamento tra giurisdizione arbitrale e giurisdizione statale, nonché di armonia delle soluzioni a livello transnazionale suggeriscono di abbandonare una rigida impostazione positivista – a mente della quale i valori giuridici estranei all'ordinamento del foro debbono essere necessariamente «recepiti» e «nazionalizzati» prima di poter produrre effetti – e di adottare, invece, un approccio di generale apertura nei confronti dei lodi e delle sentenze provenienti dai diversi ordinamenti statuali con cui la procedura arbitrale entra in contatto, qualificandoli, in ogni caso, come atti di natura giurisdizionale propri dei rispettivi ordinamenti giuridici di provenienza.

Più nello specifico, laddove siano invocati gli effetti di una sentenza emanata dal giudice dello Stato in cui ha sede l'arbitrato, ragioni di natura pragmatica suggeriscono di riconoscere in ogni caso l'idoneità della stessa a produrre effetti preclusivi e conclusivi all'interno della procedura secondo la disciplina prevista dal diritto della sede. Il mancato riconoscimento di tali decisioni esporrebbe, infatti, il lodo a seri rischi di annullamento.

Nel caso in cui, invece, la sentenza sia emanata dal giudice di un diverso Stato, l'adozione di un atteggiamento eccessivamente rigido potrebbe rappresentare un ostacolo all'efficiente svolgimento della procedura arbitrale. In linea teorica, infatti, come si è visto nei precedenti capitoli, il recepimento del provvedimento giurisdizionale straniero potrebbe avvenire all'esito di un procedimento di delibazione, ovvero in modo automatico, per effetto della semplice integrazione dei requisiti previsti in via generale e astratta dalla norma processuale applicabile. Nel primo caso sarebbe necessario instaurare un procedimento di natura costitutiva che pronunci il riconoscimento della sentenza straniera; nel secondo, invece, il provvedimento giurisdizionale in questione sarebbe automaticamente ammesso a produrre effetti all'interno dell'ordinamento ricevente e l'eventuale processo per l'accertamento dell'avvenuto riconoscimento ovvero dell'esistenza di un motivo di diniego avrebbe natura meramente dichiarativa.

In una prospettiva rigorosamente territorialista, il tribunale arbitrale dovrebbe attenersi a quanto previsto nell'ordinamento della sede. Ad ogni modo, tanto nel caso di delibazione quanto nel caso di riconoscimento au-

tomatico, la competenza sarebbe attribuita in via esclusiva alle autorità giurisdizionali dell'ordinamento ricevente. Tuttavia, se nella prima ipotesi la sentenza che pronuncia il riconoscimento ha carattere costitutivo e, quindi, in sua assenza l'atto giurisdizionale straniero non potrebbe produrre effetti nell'ordinamento richiesto – o, nel caso che qui interessa, nella procedura arbitrale –, nella seconda ipotesi la decisione del giudice statale ha natura dichiarativa, ma in caso di contestazione della sussistenza delle condizioni per il riconoscimento il tribunale arbitrale dovrebbe sospendere il procedimento in attesa che si pronunci il giudice statale. In assenza di una pronuncia costitutiva sul riconoscimento (nel caso di delibazione) o laddove il giudice della sede dovesse accertare la sussistenza di un motivo di diniego del riconoscimento (nel caso di riconoscimento automatico), il tribunale arbitrale non potrebbe riconoscere alcun effetto alla sentenza straniera. Una soluzione in senso contrario equivarrebbe a non riconoscere efficacia di giudicato al provvedimento giurisdizionale (sul riconoscimento) reso dalle autorità dello Stato in cui ha sede la procedura, esponendo il lodo arbitrale a seri rischi di annullamento.

Nella prospettiva autonomista, invece, la riconoscibilità della sentenza statale non dovrebbe dipendere dai metodi e dalle condizioni previste nell'ordinamento della sede della procedura. È stato, infatti, suggerito che il tribunale arbitrale si dovrebbe limitare a verificare che la decisione non sia stata resa da un giudice chiaramente privo di giurisdizione – e, in particolare, che non sia stata resa in violazione dell'accordo arbitrale – o all'esito di un procedimento palesemente contrario ai canoni del giusto processo²⁵.

Nella prospettiva di generale apertura suggerita sopra, in assenza di una pronuncia del giudice della sede che neghi la riconoscibilità della sentenza straniera, sembra più opportuno che il tribunale riconosca il provvedimento giurisdizionale in questione e lo ammetta, quindi, a produrre effetti all'interno della procedura arbitrale. Tuttavia, laddove nello Stato in cui ha sede la procedura sia già pendente un procedimento per il di-

²⁵ Schaffstein si pone, altresì, il problema di individuare gli elementi costitutivi del giudicato in una prospettiva transnazionale, mutuando di fatto la disciplina dal *common law* inglese, cfr. S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit., pp. 221-236.

niego del riconoscimento della sentenza straniera (o, in caso di delibazione, la parte interessata si sia opposta al riconoscimento), il tribunale arbitrale potrebbe valutare l'opportunità di sospendere il procedimento nell'attesa di una pronuncia definitiva sul punto.

Un ragionamento simile vale per i casi in cui si intendano far valere gli effetti di una precedente decisione arbitrale. Come si è detto, la possibilità di qualificare il lodo come decisione «interna» o «straniera» dipende dalla rappresentazione del fenomeno arbitrale adottata dall'interprete. Le condizioni di efficacia e i motivi di annullamento del lodo interno sono disciplinati dalla legge arbitrale dello Stato in cui ha sede la procedura²⁶. Il riconoscimento del lodo straniero trova, invece, una disciplina uniforme nella Convenzione di New York del 1958, quantomeno negli Stati che vi hanno aderito²⁷. Come noto, la Convenzione in parola impegna gli Stati aderenti a riconoscere le decisioni arbitrali rese sul territorio di un diverso Stato, salvo che ricorra una delle condizioni ostative tassativamente elencate all'art. V della stessa Convenzione. In entrambi i casi, la competenza è di regola attribuita alle autorità giudiziarie nazionali. La parte che contesti l'efficacia del lodo arbitrale dovrà quindi chiederne l'annullamento o opporsi al riconoscimento nelle sedi competenti; in caso contrario, il lodo dovrebbe ritenersi idoneo a spiegare efficacia di giudicato all'interno della procedura arbitrale²⁸.

²⁶ Cfr. *ex multis* A. CARLEVARIS, A. ATTERITANO, *L'impugnazione dei lodi arbitrali*, in M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale*, Padova, 2017, p. 1201.

²⁷ Cfr. *supra*, capitolo V, nota 16.

²⁸ Cfr. Lodo ICC n. 3383/1979, S. JARVIN, Y. DERAIS, *Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*, cit. Tale approccio è suggerito anche da Mayer. Secondo l'autore, peraltro, laddove il giudice statale sia stato adito e penda un procedimento di annullamento, ragioni di opportunità suggeriscono al tribunale arbitrale di sospendere la procedura e attendere il pronunciamento del giudice, cfr. P. MAYER, *L'autorité de chose jugée des sentences entre les parties*, cit., p. 101.

3.4. *Possibilità di adottare un approccio differenziato per la soluzione delle problematiche sollevate dal giudicato in arbitrato*

Una volta appurato che la decisione invocata dalle parti è idonea a produrre effetti all'interno della procedura arbitrale, occorre individuare la legge applicabile alle questioni sollevate dal giudicato. I diversi approcci considerati – tanto secondo la prospettiva conflittuale quanto secondo quella autonoma – si propongono di individuare le norme applicabili alle questioni di giudicato a partire da una particolare ricostruzione del fenomeno arbitrale, ispirata alternativamente alla teoria «territorialista» o alla teoria «autonomista».

Tuttavia, come abbiamo detto, l'arbitrato commerciale internazionale si presenta come un fenomeno giurisdizionale difficilmente inquadrabile in rigide rappresentazioni dogmatiche; ogni controversia presenta aspetti peculiari che contribuiscono a differenziarla dalle altre, di modo che il legame che unisce la particolare procedura alla sede o a un diverso ordinamento può essere più o meno stringente a seconda di una pluralità di fattori. Come rilevato da attenta dottrina, poi, la «transnazionalità» della controversia si presenta sempre secondo un diverso grado di intensità²⁹.

In conformità a una simile lettura del fenomeno arbitrale – e in mancanza di una scelta delle parti – sembra preferibile adottare un approccio differenziato nell'individuazione delle norme applicabili alle questioni processuali sollevate dal giudicato³⁰. In particolare, qualora la controversia presenti un collegamento stretto con l'ordinamento in cui ha sede la procedura arbitrale, tali problematiche dovrebbero essere disciplinate dalle norme di detto ordinamento. Infatti, per quanto sia vero che gli arbitri non hanno una vera e propria *lex fori*, non si può ignorare che di regola l'ordinamento della sede rappresenta il sistema giuridico entro cui essi

²⁹ V. HEISKANEN, *And/Or/ The Problem of Qualification in International Arbitration*, cit., p. 454.

³⁰ Tale approccio in parte ricalca la prospettiva suggerita da Santacroce con riferimento all'individuazione dei criteri di qualificazione delle questioni preliminari, cfr. F.G. SANTACROCE, *Navigating the troubled waters between jurisdiction and admissibility: an analysis of which law should govern characterization of preliminary issues in international arbitration*, cit., pp. 557-559.

operano³¹: pertanto, è a detto ordinamento che occorre anzitutto far riferimento per la soluzione delle questioni di giudicato. Di contro, laddove la controversia presenti un legame oggettivamente tenue con la sede della procedura e, al contempo, presenti un rilevante grado di «transnazionalità», pare opportuno riconoscere agli arbitri una maggiore flessibilità³². In queste ipotesi essi potranno adottare un approccio meno legato ai possibili particolarismi nazionali della sede, seppur nel rispetto dei principi di ordine pubblico di detto ordinamento.

In apparenza, una simile soluzione sembrerebbe riproporre tutti gli elementi di criticità che si sono evidenziati con riferimento al metodo conflittuale e all'approccio autonomo. Anzi, l'introduzione dell'ulteriore variabile del grado di transnazionalità della controversia renderebbe ancor più imprevedibili le soluzioni alle problematiche sollevate dal giudicato. Inoltre, anche in tale prospettiva il ricorso a regole di carattere transnazionale – stante le difficoltà che si sono considerate con riferimento alla loro identificazione – potrebbe tradursi nell'applicazione di principi selezionati in modo discrezionale dal tribunale arbitrale.

Si rende allora necessaria un'ulteriore specificazione di ciò che intendiamo quando ci riferiamo a un «approccio transnazionale».

Come abbiamo visto, tanto l'applicazione pedissequa delle norme processuali sul giudicato accolte dall'ordinamento in cui ha sede la procedura quanto il ricorso alle regole transnazionali individuate dalle Raccomandazioni ILA o elaborate dalla Schaffstein non appaiono adeguate a regola-

³¹ M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale*, cit., p. XVIII: «Quantomeno secondo la tesi tradizionale, che appare ancor oggi la più realistica, ciascun procedimento arbitrale trova il proprio fondamento ed inquadramento [...] in un ordinamento statale determinato, che ne costituisce la *lex arbitri*». Anche se, nella prefazione dell'opera, gli stessi autori evidenziano che «nell'arbitrato internazionale manca un foro – ché tale non è neppure lo Stato della 'sede' dell'arbitrato, pur quando chiara ne sia l'individuazione – dalle cui norme di diritto internazionale privato e processuale derivare una soluzione certa e univoca delle questioni di conflitti di leggi o di giurisdizioni cui l'internazionalità della fattispecie può dare origine».

³² Come anche suggerito dalla dottrina, cfr. P. MAYER, *Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international*, cit., p. 187; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Res Judicata*, cit., p. 132; C. SERAGLINI, *Le droit applicable à l'autorité de la chose jugée dans l'arbitrage*, cit., pp. 64-65.

re la materia del giudicato nel contesto arbitrale. Il punto critico di entrambi gli approcci è rappresentato dalla più o meno consapevole adesione alla teoria dell'assimilazione degli effetti, con tutto ciò che questo implica in punto di qualificazione dell'atto giurisdizionale di cui si valutano gli effetti di giudicato³³. In tale prospettiva, l'estensione oggettiva e soggettiva dell'efficacia delle decisioni fatte valere in arbitrato dovrebbe essere disciplinata in ogni caso dalle norme processuali statali della sede o, alternativamente, da regole transnazionali proprie dell'ordinamento arbitrale. Come abbiamo detto, tuttavia, ritenere che l'ambito di efficacia di un provvedimento estraneo all'ordinamento in cui esso è fatto valere debba necessariamente ricalcare l'estensione degli effetti di giudicato prodotti dai provvedimenti interni è già frutto di una scelta non neutrale e, anzi, è indice di un'impostazione positivista di sostanziale chiusura nei confronti del «prodotto» giurisdizionale proveniente da un diverso ordinamento³⁴.

Nei casi in cui, in ragione dello stretto legame che vincola la procedura arbitrale all'ordinamento della sede, si reputi necessario applicare la *lex arbitri* per la definizione delle problematiche sollevate dal giudicato, non si comprende per quale ragione di tale legge gli arbitri dovrebbero applicare unicamente le norme processuali in materia di estensione oggettiva e soggettiva del giudicato e non anche le norme di diritto processuale civile internazionale di detto ordinamento. Nei fatti, come si è visto, una simile soluzione potrebbe portare a risultati non coerenti con la disciplina dello Stato in cui ha sede la procedura, finendo così per contraddire la *ratio* stessa dell'approccio in esame³⁵.

Tuttavia, si è anche visto come in taluni ordinamenti la scelta tra le

³³ L'unica che in effetti si pone il problema di scegliere tra l'adesione alla teoria dell'assimilazione degli effetti o alla teoria dell'estensione degli effetti (e la teoria della doppia confinazione) è Schaffstein. Tuttavia, sulla scorta di una considerazione dei principi e degli obiettivi fondamentali perseguiti dall'arbitrato – quali, nello specifico, l'economia, l'efficienza e la prevedibilità delle soluzioni –, l'autrice ritiene più opportuno aderire alla teoria della assimilazione degli effetti. Cfr. S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit., pp. 218-219.

³⁴ In questo senso, cfr. E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., p. 55.

³⁵ Cfr. *supra*, capitolo VI, al paragrafo 3.1.

teorie dell'estensione, dell'assimilazione o della doppia confinazione non sia pacifica; tale opzione, infatti, più che essere oggetto di disposizioni di diritto positivo, è spesso frutto di ricostruzioni e orientamenti giurisprudenziali non sempre univoci. In tali ipotesi, così come nei casi in cui la procedura presenti un legame oggettivamente tenue con l'ordinamento della sede – e si reputi quindi più opportuno adottare una prospettiva «transnazionale», che miri a individuare un approccio autonomo al giudicato nel contesto arbitrale – pare dubbio che la scelta debba necessariamente ricadere sulla teoria dell'assimilazione degli effetti, come sembrano suggerire gli studi fin qui considerati. Al contrario, considerazioni di natura teorica e pratica sembrerebbero suggerire proprio l'opposto.

In primo luogo, come abbiamo visto, la teoria dell'assimilazione degli effetti è figlia di un'impastazione positivistica a mente della quale la sanzione di efficacia della sentenza all'interno di un dato ordinamento, in quanto espressione propria del potere sovrano dello Stato, può essere impressa unicamente dagli organi che in detto ordinamento esercitano una funzione giurisdizionale; impostazione che si pone in radicale contrasto con una lettura del fenomeno arbitrale in chiave autonomista. Al contrario, abbiamo visto che nei sistemi in cui si ammette il riconoscimento automatico delle sentenze straniere, favorendo, al contempo, una più ampia circolazione delle decisioni – come, ad esempio, all'interno dello spazio giudiziario europeo³⁶ –, la sentenza straniera è di norma riconosciuta quale atto giurisdizionale in senso proprio e, di conseguenza, la disciplina sul giudicato prevista nell'ordinamento d'origine costituisce il punto di partenza per valutare gli effetti preclusivi e conclusivi del provvedimento estero riconosciuto.

In secondo luogo, anche laddove si volesse sorvolare sulla contraddittorietà di un atteggiamento «positivista» nel contesto arbitrale, il fatto di riconoscere all'arbitrato una natura autonoma e indipendente non esclude che esso debba in qualche misura coordinarsi con gli ordinamenti giuridici statali. Come abbiamo già richiamato, la decisione arbitrale deve essere «idonea a far stato tra le parti e [...] all'occorrenza costituire titolo per un'eventuale esecuzione forzata»³⁷. L'esecuzione del lodo richiede ne-

³⁶ Cfr. *supra*, capitolo IV, al paragrafo 2.2., spec. nota 103.

³⁷ Cfr. M.V. BENEDETTELLI, «*Pensiero debole*» nell'arbitrato commerciale internazionale e comunitarizzazione del diritto dell'arbitrato, cit., p. 307.

cessariamente la cooperazione delle autorità giudiziarie statali e, come si è visto, potrebbe essere negata laddove gli effetti della decisione arbitrale si pongano in contrasto con i principi di ordine pubblico dell'ordinamento richiesto. L'attribuzione di effetti di giudicato diversi da quelli originariamente prodotti dalla decisione fatta valere in arbitrato aumenta inevitabilmente il rischio che il lodo possa entrare in contrasto con tali principi, quantomeno nell'ordinamento da cui proviene il provvedimento giurisdizionale in questione.

In terzo luogo, tanto la teoria dell'assimilazione degli effetti, quanto la teoria della doppia confinazione, presuppongono logicamente che nell'ordinamento ricevente sia possibile individuare con un certo grado di precisione gli effetti di giudicato prodotti dalle decisioni interne. Di contro, dall'esame della pratica dei tribunali arbitrali e delle posizioni sostenute dalla dottrina, si è visto come non sia possibile determinare con ragionevole certezza le regole processuali che disciplinano il fenomeno della *res judicata* nel contesto arbitrale. Peraltro, anche laddove ciò fosse possibile – come suggeriscono i fautori dell'approccio autonomo – è alquanto improbabile che simili regole assumano un grado di imperatività tale da giustificare una loro applicazione in luogo delle norme che disciplinano gli effetti originari dei provvedimenti fatti valere in giudizio. Anzi, la già menzionata necessità di coordinamento tra arbitrato e giurisdizione statale mal si concilia con un atteggiamento di «sciovinismo arbitrale» che pretenderebbe negare ogni rilevanza alle soluzioni accolte dai diversi ordinamenti nazionali che entrano in contatto con la procedura.

Infine, contrariamente a quanto sostenuto da Schaffstein³⁸, le esigenze di prevedibilità delle soluzioni sembrano essere meglio tutelate laddove al provvedimento giurisdizionale invocato all'interno della procedura arbitrale si riconoscano gli effetti suoi propri, così come disciplinati nell'ordinamento di origine. Solo in tale ipotesi, infatti, si evita il c.d. «effetto sorpresa», giacché le parti possono prevedere sin dal momento del primo contenzioso l'effettiva estensione dell'efficacia conclusiva e preclusiva della decisione. Al contrario, l'applicazione delle regole transnazionali proprie

³⁸ Cfr. S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, cit., p. 219.

dell'ordinamento arbitrale – ammesso e non concesso che esse esistano – potrebbe esporre le parti a effetti non prevedibili al momento del primo processo³⁹.

Se, come si è visto, l'applicazione della teoria dell'estensione degli effetti non richiede, né tantomeno presuppone, che tra i giudici dell'ordinamento d'origine e dell'ordinamento ricevente sussista un rapporto di reciproca fiducia⁴⁰, un limite al riconoscimento degli effetti originari della decisione fatta valere in arbitrato potrebbe, tuttavia, essere imposto dai principi di ordine pubblico dell'ordinamento in cui ha sede la procedura. Ciò dipende, come si è detto, dal grado di imperatività attribuito alle norme processuali o di diritto processuale civile internazionale che in tale ordinamento disciplinano il riconoscimento degli effetti preclusivi e conclusivi dei provvedimenti giurisdizionali stranieri⁴¹; norme che, come si è detto, riflettono il particolare punto di equilibrio tra valori e principi contrastanti individuato da ogni ordinamento nazionale.

In sintesi, laddove la procedura arbitrale presenti un forte collegamento con l'ordinamento della sede, il tribunale arbitrale dovrebbe applicare non già le regole processuali in materia di giudicato previste da detto ordinamento, quanto piuttosto le sue norme di diritto processuale civile internazionale. Nei casi in cui tali regole non siano facilmente identificabili, ovvero laddove la controversia presenti un elevato grado di transnazionalità e si ritenga più adeguato adottare un approccio «transnazionale», il tribunale arbitrale dovrebbe riconoscere gli effetti di giudicato previsti dal-

³⁹ Basti immaginare il caso in cui si applichi la teoria della *issue estoppel* a una decisione resa in un ordinamento – come può essere quello tedesco – che attribuisce al giudicato effetti molto più limitati.

⁴⁰ Giacché il problema dell'individuazione della legge applicabile agli effetti di giudicato del provvedimento straniero non riguarda i presupposti su cui si è fondata o le modalità in cui è stata esercitata nel caso specifico la giurisdizione straniera, ma riguarda il bilanciamento operato in via generale e astratta dai diversi ordinamenti tra i principi contrastanti che vengono in gioco nella definizione dell'estensione della regiodicata, cfr. *supra*, capitolo IV, al paragrafo 2.2.

⁴¹ Il Tribunale Federale svizzero, ad esempio, ha ritenuto che i tribunali arbitrali aventi sede nel proprio territorio siano in ogni caso tenuti ad applicare la teoria della doppia confinazione, cfr. Tribunale Federale Svizzero, 4A_508/2013 del 27 maggio 2014, spec. par. 3.1.

l'ordinamento di origine del provvedimento giurisdizionale invocato in giudizio dalle parti.

3.4.1. *L'effetto di res judicata delle sentenze statali*

Più nello specifico, laddove nel corso dell'arbitrato sia invocata una sentenza resa da un giudice statale, una volta stabilito che la decisione è idonea a spiegare efficacia all'interno della procedura, la determinazione dei suoi effetti preclusivi e conclusivi dipenderà dalle regole di diritto processuale civile internazionale applicabili⁴².

Laddove il procedimento presenti uno stretto legame con la sede e sia agevole individuare le norme di diritto processuale civile internazionale di detto ordinamento, il tribunale arbitrale dovrà seguire tali regole. In tal caso, a seconda dell'approccio adottato in tale Stato, potrà applicarsi la teoria dell'assimilazione degli effetti, della doppia confinazione ovvero dell'estensione degli effetti. Tale soluzione appare conforme alle aspettative delle parti; infatti, se queste hanno individuato la sede dell'arbitrato in uno Stato che presenta un reale collegamento con la controversia, potevano anche rappresentarsi che le norme di diritto processuale civile internazionale di detto ordinamento avrebbero trovato applicazione.

Laddove, invece, non sia possibile individuare con un ragionevole grado di certezza le norme di diritto processuale civile internazionale applicabili nell'ordinamento della sede, ovvero nei casi in cui la controversia presenti un elevato grado di transnazionalità, il tribunale arbitrale dovrà riconoscere gli effetti di giudicato previsti dall'ordinamento di origine del provvedimento giurisdizionale invocato dalle parti, nel rispetto dei principi di ordine pubblico accolti dall'ordinamento in cui ha sede la procedura. Anche questa soluzione appare conforme alle aspettative delle parti, in quanto evita ogni possibile «effetto sorpresa» e limita la discrezionalità del tribunale arbitrale nell'individuazione delle norme processuali applicabili, a beneficio della certezza e prevedibilità delle soluzioni.

⁴² Laddove si adotti una prospettiva territorialista e la sentenza provenga dal giudice dello Stato in cui ha sede la procedura non sarà, ovviamente, necessario applicare le norme di diritto processuale civile internazionale di detto ordinamento.

3.4.2. *L'effetto di res judicata dei lodi arbitrali*

Laddove nel corso dell'arbitrato sia invocato un lodo arbitrale, il discorso è all'apparenza più complesso. Anche in questo caso, infatti, la definizione degli effetti preclusivi e conclusivi del lodo dipenderà dalla corretta applicazione delle regole di diritto processuale civile internazionale.

In particolare, laddove la (seconda) procedura arbitrale presenti un effettivo legame con l'ordinamento della sede, dovranno applicarsi le regole di diritto processuale civile internazionale di detto Stato. Laddove, invece, la controversia presenti un grado di transnazionalità particolarmente elevato, dovranno essere riconosciuti gli effetti originari prodotti dal primo lodo, nel rispetto dei principi di ordine pubblico dell'ordinamento in cui ha sede la seconda procedura. Al riguardo, tuttavia, si rendono necessarie due precisazioni.

Anzitutto dobbiamo chiarire cosa si intende per «effetti originari» del lodo. Come più volte ripetuto, non sembra possibile individuare un insieme di regole transnazionali che determinino in modo chiaro e univoco l'estensione dell'efficacia preclusiva e conclusiva delle decisioni rese nel contesto dell'arbitrato commerciale internazionale. Per le ragioni che abbiamo illustrato, tali regole non sembrano esistere, né è realistico attendersi che esse possano venire a esistenza nel prossimo futuro. Una loro elaborazione, infatti, presupporrebbe una concezione unitaria della funzione svolta dall'arbitrato commerciale internazionale e un'impostazione positivista, difficilmente conciliabile con l'ontologica «liquidità» e «flessibilità» che caratterizza il mezzo di risoluzione delle controversie in esame.

Peraltro, anche secondo la concezione autonomista, il lodo deve concepirsi quale atto di natura privata, la cui sanzione legale è attribuita dagli ordinamenti giuridici nazionali⁴³. Abbiamo anche visto come gli ordinamenti statali riconoscano una generale analogia di effetti tra il lodo reso sul territorio nazionale e la sentenza⁴⁴.

⁴³ Cfr. *supra*, capitolo V, al paragrafo 2.3.2. Nella prospettiva suggerita da Gaillard, peraltro, la sanzione legale è attribuita dall'ordinamento giuridico statale in cui il lodo è riconosciuto.

⁴⁴ G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., p. 169; L. MELCHIONDA, C. CARRARA, *Gli effetti dei lodi arbitrali e l'acquisto dell'efficacia esecutiva*, cit., pp. 1179 e 1181.

Onde evitare che la determinazione dei limiti del giudicato si risolva in un esercizio di mero arbitrio da parte del tribunale arbitrale, appare allora più corretto ritenere che, in linea di principio, gli effetti originari del lodo coincidano con gli effetti generalmente attribuiti alle decisioni giudiziali nell'ordinamento in cui ha sede la procedura. Come abbiamo detto, ciò non esclude che le parti possano stabilire che alla decisione sia attribuito un ambito di efficacia più ampio o più ristretto di quello riconosciuto dalle norme processuali dell'ordinamento della sede. Perché ciò avvenga, tuttavia, sembra necessaria una chiara manifestazione di volontà in tal senso⁴⁵, in assenza della quale l'estensione degli effetti del lodo dovrebbe sostanzialmente ricalcare i confini del giudicato della sentenza statale, così come stabiliti nell'ordinamento in cui aveva sede la relativa procedura arbitrale. D'altronde, si è visto che, nell'impossibilità di individuare un insieme di regole transnazionali applicabili all'estensione di giudicato dei lodi arbitrali e in assenza di una diversa indicazione delle parti, anche nella prospettiva pluralista e nella prospettiva autonomista l'applicabilità in via sussidiaria delle norme processuali dello Stato in cui ha sede l'arbitrato può nei fatti costituire una valida soluzione.

In secondo luogo, come si è detto, un'applicazione eccessivamente formalistica delle regole sul giudicato previste a livello nazionale potrebbe rendere in talune ipotesi particolarmente problematica la determinazione dell'estensione degli effetti preclusivi e conclusivi del lodo.

L'esempio classico è quello degli ordinamenti di tradizione continentale in cui l'efficacia preclusiva è limitata al dispositivo della sentenza⁴⁶: laddove il lodo arbitrale fatto valere in giudizio non distingue formalmente in parte motiva e parte dispositiva, il tribunale arbitrale dovrebbe individuare la sua parte operativa – e, cioè, ciò che costituisce la decisione delle domande proposte dalle parti –, riconoscendo solo a essa efficacia di giudicato.

In ogni caso, sembra opportuno che al tribunale arbitrale sia riconosciuto un certo margine di flessibilità, che gli consenta di adattare le regole elaborate con riferimento alle sentenze statali alle caratteristiche pecu-

⁴⁵ In questo senso, cfr. N. ZAUGG, *Objective scope of res judicata of arbitral awards – Is there room for discretion?*, cit.

⁴⁶ Cfr. *supra*, capitolo II, al paragrafo 2.2.1.

liari del lodo arbitrale. D'altronde, come abbiamo più volte ripetuto, la particolare disciplina sul giudicato accolta a livello nazionale rispecchia un bilanciamento tra i principi di economia processuale e armonia delle decisioni da un lato e di tutela del contraddittorio e rispetto del principio dispositivo dall'altro. È a tale bilanciamento – come operato nell'ordinamento di origine della prima decisione – che dovrà guardare il tribunale arbitrale nella determinazione degli effetti preclusivi e conclusivi del lodo, avendo cura che ciò non si traduca in un inaccettabile sacrificio dei valori fondamentali che vengono in rilievo con riguardo al tema del giudicato nell'ordinamento della sede.

CONCLUSIONI

Giunti al termine dello studio, conviene ripercorrere brevemente i diversi passaggi che hanno accompagnato l'esame del funzionamento della teoria del giudicato e che hanno permesso di individuare le regole applicabili al riconoscimento e alla determinazione dell'efficacia conformativa e preclusiva delle decisioni fatte valere all'interno della procedura arbitrale.

Nelle prime pagine del lavoro abbiamo inteso precisare la nozione di *res judicata* – individuata nei caratteri di definitività, irretrattabilità e vincolatività della decisione –, definendone i connotati essenziali ed evidenziandone la natura sostanziale e processuale. Con riferimento agli effetti processuali, abbiamo qualificato la regiudicata come preclusione processuale che impedisce – a seconda dei casi – l'instaurazione del rapporto processuale, ovvero la ritrattazione delle questioni di fatto o di diritto già decise in un precedente giudizio. Abbiamo, quindi, esaminato gli interessi di natura pubblica e privata che vengono in rilievo nella definizione della disciplina del giudicato, quali, nello specifico, le esigenze di economia processuale, di armonia delle decisioni, di tutela del contraddittorio e di rispetto del principio dispositivo.

Nella prima parte dello studio abbiamo considerato le diverse discipline sul giudicato accolte negli ordinamenti nazionali. Nel capitolo II, all'esito di un'analisi comparata sugli effetti di giudicato delle decisioni interne, abbiamo appurato come non sia possibile individuare una disciplina uniforme della *res judicata*, in ragione delle significative differenze nella regolamentazione del fenomeno che è possibile riscontrare nelle rispettive leggi statali. In particolare, si è visto come tali differenze dipendano dal diverso bilanciamento degli interessi e dei valori fondamentali che vengono in rilievo con riguardo alla teoria della *res judicata*; bilanciamento a sua volta condizionato dal diverso significato attribuito ai principi del giu-

sto processo e di economia processuale, nonché dal differente modo di concepire la funzione stessa del processo civile. Da ciò abbiamo dedotto che le diverse scelte operate a livello nazionale nella regolamentazione del giudicato, lungi dal rispondere a ragioni ontologiche proprie dell'istituto in esame, rappresentano piuttosto l'esito di uno sviluppo coerente di premesse differenti.

Nel capitolo III abbiamo esaminato l'efficacia conformativa e preclusiva riconosciuta dagli ordinamenti nazionali ai lodi arbitrali domestici (interni o internazionali). In linea di principio, a tali decisioni sono attribuiti effetti di giudicato *grosso modo* analoghi ed equiparabili a quelli riconosciuti alle decisioni pronunciate dal giudice comune. Nondimeno, si è notato come la trasposizione delle regole processuali che disciplinano il giudicato delle sentenze nazionali ai lodi arbitrali richieda talune cautele, in particolare con riguardo alle preclusioni che, per loro natura, eccedono l'ambito di quanto è stato (o avrebbe potuto essere) oggetto di cognizione da parte del tribunale arbitrale, vuoi per le limitazioni che derivano dall'accordo compromissorio, vuoi per le scelte processuali delle parti.

Nel capitolo IV abbiamo considerato la funzione, le condizioni e gli effetti del riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali stranieri. Abbiamo visto, anzitutto, che riconoscere una decisione straniera significa acconsentire a che la disciplina concreta di un determinato rapporto privato sia fornita da un atto estraneo all'ordinamento e abbiamo notato come ciò risponda all'esigenza di assicurare stabilità e continuità alle situazioni giuridiche che fanno capo ai medesimi soggetti nei diversi ordinamenti. In tale sede, si è altresì osservato che il recepimento delle sentenze straniere può essere disciplinato alternativamente da una norma di diritto internazionale privato, ovvero da una norma di diritto processuale civile internazionale. In questa seconda ipotesi, poi, il riconoscimento della decisione straniera può essere subordinato a un procedimento costitutivo di deliberazione o può operare automaticamente. Con riguardo agli effetti prodotti dalla sentenza straniera si sono considerati i diversi modelli teorici di riferimento per la qualificazione della stessa all'interno dell'ordinamento richiesto e per l'identificazione della relativa disciplina applicabile. Come si è visto, è possibile che il provvedimento giurisdizionale straniero sia nazionalizzato e gli sia, quindi, riconosciuta la medesima efficacia attribuita alle analoghe decisioni interne (teoria dell'assimilazione degli ef-

fetti), ovvero che, sulla scorta di una qualificazione dello stesso come atto giurisdizionale in senso proprio, gli sia riconosciuta la sua efficacia originaria, ma entro i limiti della disciplina del giudicato prevista dall'ordinamento ricevente (teoria della doppia confinazione degli effetti), oppure, in ultimo, siano riconosciuti tutti e i soli effetti originari della sentenza estera che non contrastino con l'ordine pubblico dell'ordinamento ricevente (teoria dell'estensione degli effetti). Si è, quindi, evidenziato come l'opzione a favore di una delle tre teorie dipenda, in buona sostanza, dal grado di apertura dell'ordinamento ricevente nei confronti dei valori e dei principi che informano la disciplina del giudicato degli ordinamenti stranieri, osservando, al contempo, come la teoria dell'estensione degli effetti garantisca una maggiore uniformità e prevedibilità degli effetti del giudicato.

Nella seconda parte dello studio, sulla base dei risultati raggiunti nei precedenti capitoli, ci siamo focalizzati sul problema della *res judicata* all'interno della procedura arbitrale. Nel capitolo V, si è anzitutto voluto fornire una definizione della nozione di «arbitrato commerciale internazionale» e si sono prese in esame le differenti ricostruzioni e rappresentazioni del fenomeno arbitrale. Abbiamo visto come il tentativo di classificare l'arbitrato all'interno di rigide categorie dogmatiche mal si concilia con la natura necessariamente «flessibile» del fenomeno in esame. In particolare, ogni controversia presenta caratteristiche del tutto peculiari e il legame tra il procedimento arbitrale e gli ordinamenti statuali con i quali esso entra in contatto può essere più o meno stringente, in dipendenza di una molteplicità di fattori, dimodoché la transnazionalità dell'arbitrato si presenta sempre secondo un diverso grado d'intensità. Si è quindi ritenuto opportuno qualificare il fenomeno arbitrale come fattispecie giurisdizionale collegata con una molteplicità di ordinamenti, tra i quali – per effetto dell'adozione di una norma di conflitto unilaterale da parte della quasi totalità degli ordinamenti nazionali – assume particolare rilievo l'ordinamento della sede. Alla pressoché uniforme adozione della sede quale criterio di collegamento si accompagnano, tuttavia, due elementi che contribuiscono a definire le regole che governano il fenomeno arbitrale. Anzitutto la piena libertà riconosciuta alle parti nella scelta della sede, non essendo richiesto un particolare collegamento tra quest'ultima e la controversia oggetto del procedimento arbitrale. In secondo luogo, la sostanziale

deregulation del procedimento arbitrale, come esito dell'adozione di leggi arbitrali sempre più liberali da parte degli Stati. L'effetto combinato di questi due elementi comporta che oggi le parti (e gli arbitri) godono di un ampio margine di autonomia nella definizione delle regole applicabili all'arbitrato, nel cui ambito si è sviluppato (e continua tuttora a svilupparsi) un *corpus* di norme di *soft law*, che costituisce una sorta di *lex mercatoria* processuale dell'arbitrato transnazionale.

L'autonomia riconosciuta dagli ordinamenti nazionali alle parti trova tuttavia un limite nell'ordine pubblico degli Stati che entrano in contatto con il fenomeno arbitrale e, in particolare, dell'ordinamento della sede. In caso di violazione dei principi fondamentali di tali ordinamenti, la decisione resa dagli arbitri potrebbe essere annullata e/o incontrare serie difficoltà a essere riconosciuta ed eseguita, rendendo potenzialmente inutile lo svolgimento della procedura arbitrale.

Inquadrato dal punto di vista teorico il fenomeno arbitrale, nel capitolo VI si è passati all'esame delle soluzioni adottate nella prassi dei tribunali arbitrali o proposte dalla dottrina con riferimento al tema del riconoscimento degli effetti del giudicato in arbitrato. Come si è visto, l'esame delle decisioni arbitrali restituisce un quadro frammentato che non permette di ricavare un insieme coerente di principi utili all'individuazione delle norme applicabili al giudicato all'interno della procedura arbitrale. Al contempo, il tentativo, sostenuto dalla dottrina maggioritaria, di individuare un *corpus* di regole transnazionali autonome in materia di riconoscimento degli effetti del giudicato nella procedura arbitrale presta il fianco alle numerose critiche che si sono illustrate nelle pagine precedenti. In ultima analisi, l'elaborazione di regole transnazionali sul giudicato comporta un sostanziale appiattimento della disciplina sulla posizione adottata dagli ordinamenti di *common law*. Un simile approccio – oltre a determinare un evidente sacrificio della ricchezza delle soluzioni elaborate all'interno dei diversi ordinamenti continentali – il più delle volte pare risolversi in un'eccessiva banalizzazione delle intricate problematiche sollevate dal giudicato, che rischia di obliterare le differenze nel modo di intendere (e bilanciare) i valori fondamentali chiamati in causa dalla teoria della *res judicata*.

Nel tentativo di definire un approccio che non incorra nelle medesime criticità evidenziate con riguardo ai metodi seguiti dalla prassi arbitrale o

proposti dalla dottrina, si è suggerito di modificare la prospettiva con cui normalmente si affrontano le questioni sollevate dal giudicato nel contesto dell'arbitrato commerciale internazionale. Innanzitutto, si è proposto di differenziare tra le ipotesi in cui l'invocazione di una precedente decisione sollevi problematiche relative alla giurisdizione del tribunale arbitrale ovvero all'ammissibilità o fondatezza nel merito delle domande e delle eccezioni formulate dalle parti. Nel primo caso, ragioni di natura pragmatica suggeriscono l'adozione di un approccio coerente con quanto previsto nell'ordinamento della sede della procedura nel cui ambito sia fatta valere un precedente giudicato. Il mancato riconoscimento di una decisione che – direttamente o indirettamente – sottenda un accertamento negativo della giurisdizione del tribunale arbitrale porterebbe, con grande probabilità, all'annullamento o al diniego di riconoscimento del lodo e, pertanto, a un inutile aggravio dei costi di lite.

Laddove, invece, l'invocazione di una precedente decisione sollevi questioni attinenti all'ammissibilità o fondatezza della domanda, si sono esaminate le possibili conseguenze di un'errata applicazione della teoria della *res judicata*, nonché gli spazi lasciati all'autonomia privata nell'individuazione della disciplina applicabile agli effetti di giudicato delle decisioni fatte valere nel corso della procedura arbitrale. Se dal punto di vista teorico non pare che vi siano ragioni che si oppongono a che le parti possano liberamente individuare la legge applicabile al giudicato (ovviamente nei limiti del rispetto dei valori fondamentali degli ordinamenti con cui il procedimento presenta un collegamento), nella pratica appare alquanto improbabile che una simile scelta sia effettuata. In mancanza di una chiara indicazione della volontà delle parti, spetta allora al tribunale arbitrale determinare la disciplina applicabile al giudicato. In primo luogo, come abbiamo visto, il presupposto perché una decisione possa trovare applicazione in un ordinamento diverso da quello da cui essa proviene è il suo riconoscimento. In arbitrato, le particolari esigenze di coordinamento tra giurisdizione arbitrale e giurisdizione statale, nonché di armonia delle soluzioni a livello transnazionale, suggeriscono un approccio di generale apertura nei confronti dei lodi e delle sentenze provenienti dai diversi ordinamenti statuali con cui entra in contatto la procedura arbitrale. Di conseguenza, in linea di principio, il tribunale è tenuto a riconoscere gli effetti delle decisioni che non siano state annullate o dichiarate non riconoscibi-

li rispettivamente nell'ordinamento della sede o nei diversi ordinamenti che presentino un collegamento particolarmente stretto con la procedura e in cui la decisione arbitrale dovrà essere eseguita.

Nella determinazione degli effetti specifici di giudicato, poi, l'approccio del tribunale arbitrale dovrebbe variare in considerazione del grado di transnazionalità della controversia. Laddove il legame con l'ordinamento della sede sia particolarmente stretto, il tribunale sarà ragionevolmente tenuto a rispettare le norme di diritto processuale civile internazionale di detto ordinamento. Di conseguenza, a seconda delle regole previste nello Stato della sede, il tribunale dovrà riconoscere gli effetti di giudicato dell'ordinamento di origine della decisione, ovvero gli effetti di giudicato previsti nell'ordinamento della sede della procedura in cui è fatta valere la decisione, oppure, in ultimo, gli effetti originari della decisione, entro i limiti degli effetti conosciuti nell'ordinamento della sede della procedura in cui è fatta valere la decisione.

Tuttavia, laddove non sia possibile individuare con un ragionevole grado di certezza le norme di diritto processuale civile internazionale della sede ovvero nei casi in cui la procedura presenti un elevato grado di transnazionalità e, pertanto, l'applicazione della *lex loci arbitri* non appaia adeguata a regolare il fenomeno della *res judicata*, al tribunale arbitrale può essere riconosciuta una maggiore «flessibilità». Ciò non significa, tuttavia, che l'estensione oggettiva e soggettiva dell'efficacia delle decisioni fatte valere in arbitrato possa essere disciplinata da regole transnazionali proprie dell'ordinamento arbitrale – che, per le ragioni che si sono dette, non sembrano esistere –, ma, al contrario, significa ammettere tutti e i soli effetti originari del provvedimento giurisdizionale fatto valere in giudizio, nel rispetto, in ogni caso, dei principi di ordine pubblico dell'ordinamento in cui ha sede la procedura.

INDICE DELLE DECISIONI

GIURISPRUDENZA DEI TRIBUNALI INTERNAZIONALI E SOVRANAZIONALI

CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA

Sentenza del 15 dicembre 1949, Regno Unito v. Albania, *Corfu Channel – Assessment of Amount of Compensation*.

Sentenza del 25 marzo 1999, Cameroon v. Nigeria, *Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*.

Sentenza del 26 febbraio 2007, Bosnia ed Erzegovina v. Serbia e Montenegro, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*.

Sentenza sulle questioni preliminari del 17 marzo 2016, Nicaragua v. Colombia, *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast*.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Brumărescu v. Romania, sentenza del 28 ottobre 1999, ric. n. 28342/95, in *Recueil des arrêts et décisions* 1999-VII.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA (GIÀ CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE)

Hoffmann v Krieg, in causa C-145/86, 4 febbraio 1988.

Krombach v Bamberski, in causa C-7/98, 28 marzo 2000.

Italian Leather S.p.A. v Weco Polstermöbel GmbH, in causa C-80/00, 6 giugno 2002.

Gambazzi v Daimler Chrysler, in causa C-394/07, 2 aprile 2009.

Trade Agency v Seramico Investments, in causa C-619/10, 6 settembre 2012.

Gothaer Allgemeine Versicherung AG v Samskip GmbH, in causa C-456/11, 15 novembre 2012.

Rudolfs Meroni, in causa C-559/14, 25 maggio 2016.

GIURISPRUDENZA DELLE CORTI STATALI

AUSTRALIA

Blair v Curran (1939) 62 CLR 464, HCA.

Jackson v Goldsmith (1950) 81 CLR 446, HCA.

Queensland v Commonwealth (1977) 139 CLR 585, HCA.

Young v Murphy [1996] 1 VR 279, HCA.

CANADA

Canada and Dominion Sugar Co Ltd v Canadian National Steamships Ltd [1947] AC 46

FRANCIA

Cour de Cassation, Mardelé c. Müller, 19 febbraio 1930.

Cour de Cassation, Dambricourt c. Rossart, 27 gennaio 1931.

Cour de Cassation, 1^{re} chambre, 7 gennaio 1964.

Cour de Cassation, Impex, 18 maggio 1971.

Cour d'Appel de Paris, General National Maritime Transport Company c. Société Götaverken Arendal A.B., 21 febbraio 1980.

Cour de Cassation, Palbak Ticaret Ltd. Sirketi c. Norsolor S.A., 9 ottobre 1984.

Cour de Cassation, Hilmarton Ltd. c. Omnium de Traitement et de Valorisation, 23 marzo 1994.

Cour de Cassation, Assemblée plénière, n. 92-12.157, 4 giugno 1994.

Cour de Cassation, Assemblée plénière, n. 04-10.672, 7 luglio 2006.

Cour de Cassation, 1^{re} chambre, n. 05-14.082, 20 febbraio 2007.

Cour de Cassation, Assemblée plénière, n. 06-11.343, 21 dicembre 2007.

Cour de Cassation, 1^{re} chambre, n. 07-13.266, 28 maggio 2008.

Cour de Cassation, Assemblée plénière, n. 08-16.033, 13 marzo 2009.

Cour de Cassation, 1^{re} chambre, n. 12-11.767, 19 giugno 2013.

Cour de Cassation, 3^e chambre, n. 11-27.799, 25 giugno 2013.

GERMANIA

- Bundesgerichtshof*, IVb ZR 19/89, 13 dicembre 1989, in BGH NJW, 1990.
Bundesgerichtshof, I ZR 269/00, 26 giugno 2003, in BGH NJW, 2003.
Bundesgerichtshof, V ZB 181/12, 10 ottobre 2013, in BGH NJW-RR, 2014.

ITALIA

Corte di Cassazione

- Sez. I, n. 3165, 29 settembre 1954, in *Giur. It.*, 1955, I.
 Sez. III, n. 2969, 22 maggio 1979, in *Giust. civ. Mass.*, 1979.
 Sez. III, n. 3265, 8 giugno 1979, in *Giust. civ.*, 1979.
 Sez. un., n. 1892, 21 aprile 1989, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, 4.
 Sez. lav., n. 10279, 1 dicembre 1994, in *DeJure.it*.
 Sez. lav., n. 5968, 27 maggio 1995, in *Giust. civ. Mass.*, 1995.
 Sez. I, n. 5092, 19 aprile 2000, in *Foro It.*, 2002, I.
 Sez. I, n. 9335, 14 luglio 2000, in *DeJure.it*.
 Sez. un., n. 527, 3 agosto 2000, in *Riv. arb.*, 2000.
 Sez. II, n. 11930, 11 settembre 2000, in *DeJure.it*.
 Sez. lav., n. 15993, 18 dicembre 2001, in *DeJure.it*.
 Sez. II, n. 12564, 27 agosto 2002, in *Giust. civ. Mass.*, 2002.
 Sez. I, n. 10009, 24 giugno 2003, in *Dir. giust.*, 2003.
 Sez. trib., n. 10202, 26 giugno 2003, in *DeJure.it*.
 Sez. II, n. 5964, 25 marzo 2004, in *DeJure.it*.
 Sez. un., n. 12868, 16 giugno 2005, in *DeJure.it*.
 Sez. I, n. 1760, 27 gennaio 2006, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 2.
 Sez. II, n. 4598, 2 marzo 2006, in *Giust. civ. Mass.*, 2006.
 Sez. III, n. 4804, 6 marzo 2006, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 3.
 Sez. un., n. 13916, 16 giugno 2006, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 6.
 Sez. lav., n. 10215, 4 maggio 2007, in *Giust. civ. Mass.*, 2007.
 Sez. lav., n. 16017, 19 luglio 2007, in *Giust. civ. Mass.*, 2007.
 Sez. lav., n. 15093, 26 giugno 2009, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 6.
 Sez. III, n. 9325, 20 aprile 2010, in *Giust. civ. Mass.*, 2010.
 Sez. I, n. 3909, 17 febbraio 2011, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2.
 Sez. lav., n. 12943, 24 luglio 2012, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 9.
 Sez. II, n. 22316, 30 settembre 2013, in *Giust. civ. Mass.*, 2013.
 Sez. un., ord. n. 24153, 25 ottobre 2013, in *Dir. giust.*, 2013.
 Sez. II, n. 10853, 16 maggio 2014, in *Giust. civ. Mass.*, 2014.
 Sez. II, n. 25918, 9 dicembre 2014, in *Dir. giust.*, 2014.
 Sez. un., n. 26242, 12 dicembre 2014, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 4.

Sez. II, n. 2300, 5 febbraio 2016, in *Giust. civ. Mass.*, 2016.
 Sez. un., n. 9978, 16 maggio 2016, in *Resp. civ. prev.*, 2016.
 Sez. un., n. 19599, 30 settembre 2016, in *DeJure.it*.
 Sez. trib., n. 11629, 11 maggio 2017, in *Giust. civ. Mass.*, 2017.
 Sez. I., n. 15190, 20 giugno 2017, in *Guida dir.*, 2017.
 Sez. trib., n. 16560, 5 luglio 2017, in *DeJure.it*.
 Sez. un., n. 16601, 5 luglio 2017, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017.
 Sez. lav., n. 25745, 30 ottobre 2017, in *Giust. civ. Mass.*, 2018.
 Sez. III, n. 3702, 15 febbraio 2018, in *Giust. civ. Mass.*, 2018.
 Sez. VI, n. 8645, 9 aprile 2018, in *Giust. civ. Mass.*, 2018.
 Sez. II, n. 11289, 10 maggio 2018, in *Giust. civ. Mass.*, 2018.
 Sez. lav., n. 16688, 25 giugno 2018, in *Giust. civ. Mass.*, 2018.

Tribunali

Tribunale di Milano, sez. spec. impresa, n. 824, 25 gennaio 2018, in *Giur. comm.*, 2020.

INGHILTERRA E GALLES

Ferrer v Arden, (1598) 77 ER 263.
Henderson v Henderson (1843) 67 E.R. 313, 3 Hare 100.
Cooke v Gill (1873) 8 CP 107.
Phosphate Sewage Co v Molleson (1879) 4 App. Cas. 801.
Brunsdon v Humphrey (1884) 14 Q.B.D. 141.
Re South American and Mexican Co, ex p Bank of England [1895] 1 Ch 37 CA.
Humphries v Humphries [1910] 2 KB 531, CA.
Ord v Ord [1923] 2 KB 432.
Churchill & Sim v Goddard [1937] 1 KB 92.
Dann v Hamilton [1939] 1 K.B. 509.
Marginson v Blackburn Borough Council [1939] 2 KB 426.
Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad [1957] 3 All E.R. 441.
Morrison, Rose & Partners v Hillman [1961] 2 QB 266, CA.
Kok Hoong v Leong Cheong Kweng Mines Ltd [1964] AC 993 PC.
Thoday v Thoday [1964] 181 CA.
Letang v Cooper [1965] 1 Q.B. 232.
Fidelitas Shipping Co Ltd v V/O Exportchleb [1966] 1 Q.B. 630.
Carl-Zeiss Stiftung v Rayner & Keeler Ltd (No 2) [1967] 1 AC 853, HL.
Mills v Cooper [1967], 2 QB 459.
Carl-Zeiss Stiftung v Rayner & Keeler Ltd (No 3) [1970] Ch 506.
Lloyds Bank v Bundy [1974] 3 All E.R. 757.

Ampthill Peerage Case [1977] AC 547.
DPP v Humphrys [1977] A.C. 1.
Gleeson v J Wippell & Co. Ltd. (1977) 1 WLR 510.
McIlkenny v Chief Constable of the West Midlands [1980] Q.B. 283.
Vervaeke V Smith [1983] 1 AC 145.
White v Brunton [1984] QB 570 CA.
The Sennar (No 2) [1985] 1 WLR 490.
Baratok Ltd v Epiette Ltd [1988] 1 BCLC 283, CA.
Mecklermedia Corp. v DC Congress GmbH [1988] Ch 40.
Arnold v National Westminster Bank Plc. [1991] 2 AC 93.
House of Spring Gardens Ltd v Waite [1991] 1 QB 241.
Hines v Birkbeck College [1992] Ch. 33.
Republic of India v India Steamship Co Ltd [1993] AC 410.
Rogers v The Queen (1994) 181 CLR 251.
Barrow v Bankside Members Agency Ltd [1996] 1 WLR 257.
Desert Sun Loan Corp v Hill [1996] C.L.C. 1132.
First National Bank plc v Thompson [1996] CH 231.
Barakot v Epiette Ltd [1998] 1 BCLC 283, CA.
Ord v Upton [2000] Ch. 352.
Friend v Civil Aviation Authority [2001] EWCA Civ 1204.
Associated Electric and Gas Insurance Services Ltd (Aegis) v European Reinsurance Co. of Zurich (European Re) [2002] UKPC 1129.
Gairy v Attorney General of Grenada [2002] 1 AC 167.
Johnson v Gore Wood [2002] 2 AC 1.
S v S [2002] EWHC 223.
Taylor v Laurence [2002] EWCA Civ 90.
Dadourian Group International Inc v Simms [2006] EWHC 2973 (Ch).
Yukos Capital Sarl v OJSC Rosneft Oil Co. [2011] 2 C.L.C. 129.
Resolution Chemicals Limited v H. Lundbeck A/S [2013] EWHC 739.
Virgin Atlantic Airways Ltd v Zodiac Seats UK Ltd [2013] UKSC 46.
Joint Stock Co Aeroflot – Russian Airlines v Berezovsky [2014] EWCA Civ 20.
Hayes v Butters [2015] Ch. 495.
Blue Tropic Ltd v Chkhartishvili [2016] EWCA Civ 1259.

STATI UNITI D'AMERICA

Hilton v. Guyot, U.S. Supreme Court, 159 U.S. 113 (1895).
Southern Pacific Railroad v. United States, U.S. Supreme Court, 18 S. Ct. 18, 42 L. Ed. 355 (1897).

- Asher v. Rupp*, U.S. Court of Appeals, Seventh Circuit, 173 F.2d 10, 11 (1949).
- Bruszewski v. United States*, U.S. Court of Appeals, Third Circuit, 181 F.2d 419, 423 (1950).
- Searle Brothers v Searle*, Supreme Court of Utah, 588 P.2d 689 (1978).
- Brown v. Felsen*, U.S. Supreme Court, 442 U.S. 127 (1979).
- Nevada v. U.S.*, U.S. Supreme Court, 463 U.S. 110 (1983).
- Mother's Restaurant Inc. v. Mama's Pizza Inc.*, U.S. Court of Appeal, Federal Circuit, 723 F.2d 1566 (1983).
- Wheeler v. Laudani*, U.S. Court of Appeal, Sixth Circuit, 783 F.2d 610 (1986).
- In re Ikner*, U.S. Court of Appeal, Eleventh Circuit, 883 F.2d 986 (1989).
- Public Service Co. of Colorado v. Osmose Wood Preserving, Inc.*, Colorado Court of Appeals, 813 P.2d 785 (1991).
- Commercial Associates v. Tilcon Gammino, Inc.*, U.S. Court of Appeal, First Circuit, 998 F.2d 1092 (1993).
- U.S. v. Weems*, U.S. Court of Appeal, Ninth Circuit, 49 F.3d 528 (1995).
- Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, District Court for the District of Columbia, 939 F. Supp. 907 (1996).
- U.S. v. Hussein*, U.S. Court of Appeal, Second Circuit, 178 F.3d 125 (1999).
- Sullivan v. Gagnier*, U.S. Court of Appeal, Second Circuit 225 F.3d 161 (2000).
- Apotex, Inc. v. Food & Drug Admin*, U.S. Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 393 F.3d 210 (2004).
- In re Keaty*, U.S. Court of Appeals, Fifth Circuit, 397 F.3d 264 (2005).
- Wingard v. Emerald Venture Florida LLC*, U.S. Court of Appeal, Eleventh Circuit, 438 F.3d 1288 (2006).
- Capitol Hill Group v. Pillsbury, Winthrop, Shaw, Pittman, LLC*, U.S. Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 569 F.3d 485 (2009).
- Miller v. Nichols*, U.S. Court of Appeal, First Circuit, 586 F.3d 53 (2009).
- U.S. v. Tohono O'Odham Nation*, U.S. Supreme Court, 563 U.S. 307 (2011).
- Germain Real Estate Co. LLC v. HCH Toyota LLC*, U.S. Court of Appeal, Eighth Circuit, 778 F.3d 692 (2015).
- Daewoo Electronics America Inc. v. Opta Corporation*, U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit, 875 F.3d 1241 (2017).
- Ashbourne v. Hansberry*, U.S. Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 894 F.3d 298 (2018).
- SimpleAir, Inc. v. Google LLC*, U.S. Court of Appeals, Federal Circuit, 884 F.3d 1160 (2018).
- Soules v. Connecticut, Department of Emergency Services and Public Protection*, U.S. Court of Appeals, Second Circuit, 882 F.3d 52 (2018).

Sims v. City of Madisonville, U.S. Court of Appeals, Fifth Circuit, 894 F.3d 632 (2018).

Kilburn-Winnie v. Town of Fortville, U.S. Court of Appeals, Seventh Circuit, 891 F.3d 330 (2018).

SVIZZERA

Tribunale Federale svizzero

Sentenza ATF 121 III 474, 3 novembre 1995.

Sentenza 4C_430/1999, 27 marzo 2000.

Sentenza 4C_314/2004, 17 novembre 2004.

Sentenza 4C.82/2006, 27 giugno 2006.

Sentenza 5A_537/2007, 3 ottobre 2007.

Sentenza 8C_79/2013, 25 luglio 2013.

Sentenza 4A_545/2013, 28 novembre 2013.

Sentenza 4A_508/2013, 27 maggio 2014.

Sentenza 4A_347/2014, 26 agosto 2014.

Sentenza 5A_838/2017, 19 marzo 2018.

LODI ARBITRALI

ICC Case no. 2745 (1977), in S. JARVIN, Y. DERAINS, *Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*, Kluwer, Paris, 1990.

ICC Case no. 2762 (1977), in S. JARVIN, Y. DERAINS, *Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*, Kluwer, Paris, 1990.

ICC Case no. 3383 (1979), riportato in S. JARVIN, Y. DERAINS, *Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*, Kluwer, Paris, 1990.

ICC Case no. 3540 (1980), riportato in D. HASCHER, *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales*, in *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé*, 2004.

ICC Case no. 3267 (1984), riportato in S. JARVIN, Y. DERAINS, *Collection of ICC Arbitral Awards (1986-1990)*, Kluwer, Paris, 1994.

ICC Case no. 4126 (1984), riportato in S. JARVIN, Y. DERAINS, *Collection of ICC Arbitral Awards (1986-1990)*, Kluwer, Paris, 1994.

ICC Case no. 5901 (1989), riportato in D. HASCHER, *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales*, in *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé*, 2004.

ICC Case no. 6233 (1992), riportato in D. HASCHER, *L'autorité de la chose ju-*

- gée des sentences arbitrales*, in *Droit international privé: travaux du Coité français de droit international privé*, 2004.
- ICC Case no. 6293 (1990), riportato in D. HASCHER, *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales*, in *Droit international privé: travaux du Coité français de droit international privé*, 2004.
- ICC Case no. 6363 (1991), riportato in A.J. VAN DEN BERG (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XVII, 1992.
- ICC Case no. 7061 (1997), riportato in B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations Multiparty, Multicontract, Multi-Issue, and Class Actions*, Kluwer Law International, 2006.
- Lodo CRCICA no. 67 (1995), in S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, Oxford University Press, 2016.
- ICC Case no. 7438 (1997), riportato in D. HASCHER, *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales*, in *Droit international privé: travaux du Coité français de droit international privé*, 2004.
- ICC Case no. 10027 (2000), riportato in D. HASCHER, *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales*, in *Droit international privé: travaux du Coité français de droit international privé*, 2004.
- ICC Case no. 10574 (2000), riportato in A.J. VAN DEN BERG (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XXXV, 2010.
- Lodo UNCITRAL (2007), non pubblicato, riportato in K. HOBER, *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*, in *Recueil des Cours*, 366, 2014.
- ICC Case no. 13507 (2008), riportato in A.J. VAN DEN BERG (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XXXV, 2010.
- ICC Case no. 13509 (2008), in *A Journal du droit international*, 2008.
- ICC Case no. 13808 (2008), riportato in L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Res Judicata*, in P. TERCIER (a cura di), *Post Award Issues, ASA Special Series no. 38*, Juris, New York, 2011.

INDICE DEGLI AUTORI E DELLE AUTRICI

(I numeri si riferiscono alla pagina della prima citazione)

- | | |
|--|--|
| AGO R.: 123 | BORN G.B.: 4 |
| AL ALI S.: 240 | BOSCHIERO N.: 126 |
| ALFORD R.: 238 | BOSKOVIC O.: 133 |
| ANCEL J.P.: 191 | BOVE M.: 29 |
| ANDREWS N.: 14, 68 | BREKOULAKIS S.: 4, 116 |
| ATTARDI A.: 12 | BRIGUGLIO A.: 106, 186, 190, 190 |
| ATTERITANO A.: 285 | BROGGINI G.: 126 |
| ANZILOTTI D.: 124, 124, 136, 139 | BUCHER A.: 171 |
|
 | |
| BALENA G.: 23 | CALLÉ P.: 239 |
| BALLARINO T.: 135 | CAMPIGLIO C.: 138, 170 |
| BARATTA R.: 135 | CAPPELLETTI M.: 126 |
| BARIATTI S.: 126, 132, 135, 137, 144 | CARATTA A.: 58 |
| BARNETT P.: 8 | CARBONARA F.: 58 |
| BEELEY M.: 238 | CARBONE S.M.: 153, 168 |
| BENEDETTELLI M.V.: 103, 183, 197,
198, 261, 278 | CARLEVARIS A.: 285 |
| BENSAUDE D.: 238 | CARRARA C.: 241 |
| BERGER B.: 239 | CASAD R.C.: 161 |
| BERNARDINI A.: 140 | CHAINAIS C.: 9, 85 |
| BERNARDINI P.: 181 | CHENG B.: 8 |
| BESSON S.: 187, 190, 261 | CHILDS T.: 239 |
| BETTI E.: 135 | CHIOVENDA G.: 52, 57 |
| BLONDEL P.: 67 | CIVININI M.G.: 126 |
| BOCCAGNA S.: 107 | CLAY T.: 207 |
| BOHNET F.: 44 | CLERMONT K.M.: 15 |
| BOLLÉE S.: 240 | COHEN D.: 190, 207 |
| BONATO G.: 103, 105 | COMOGLIO L.P.: 23 |
| BONOMI A.: 171 | CONDORELLI L.: 124 |
| | CONSOLO C.: 12, 26, 110, 124, 157,
167, 183 |

- CONTALDI G.: 147
 CRAIG W.L.: 190
 CREMADES A.C.: 103
 CRESPI REGHIZZI Z.: 9
- D'ALESSANDRO E.: 106, 126
 DAMATO A.: 124
 DALFINO D.: 23
 DELFINO C.: 143
 DE LY F.: 217
 DE VRIES H.P.: 190
 DEBOURG C.: 240
 DERAIS Y.: 230, 235
 DOMEJ T.: 123
 DOUCHY-OUDET M.: 45
 DRAETTA U.: 221
 DUTTA A.: 123
- FAZZALARI E.: 23
 FENTIMAN R.: 22
 FERACI O.: 147
 FERRANTE M.: 189
 FERRI C.: 23
 FOUCHARD P.: 181, 185, 205
 FRAGISTAS C.N.: 180
 FRANZINA P.: 126, 135, 147, 158
 FREEMAN A.C.: 8
 FREER R.: 4
 FRIGNANI A.: 181
 FULLER L.L.: 68
 FUMAGALLI L.: 126, 147, 190
- GAJA G.: 126, 127
 GAILLARD E.: 185, 187, 187, 188, 190, 190, 191
 GALLAGHER N.: 8
 GHOSH V.N.: 239
 GIUSSANI A.: 26
 GOLDMAN B.: 180, 185
 GOODE R.: 190
- GORDON R.D.: 238
 GRADI M.: 118
 GRIGERA NAÓN H.A.: 230
 GUINCHARD V.S.: 67
- HAHN A.C.: 239
 HALDY J.: 44
 HANDLEY K.R.: 32
 HANOTIAU B.: 8, 238
 HARDER S.: 160
 HARISANKAR K.S.: 239
 HARRIS S.A.: 60
 HASCHER D.: 229
 HEINITZ E.: 58
 HEISKANEN V.: 214
 HOBÉR K.: 4
 HOVAGUIMIAN P.: 240
 HOWELL D.: 238
 HULBERT R.W.: 238
 HUNTER M.: 178
- JACQUET J.M.: 191
 JAKUBOWSKI J.: 189
 JARROSSON C.: 240
 JARVIN S.: 230, 235
 JEANDIN N.: 44
 JEMIELNIAK J.: 191
- KASSIS A.: 190
 KAUFMANN-KOHLER G.: 211
 KESSEDJIAN C.: 126
 KOCH H.: 4
 KREMSLEHNER F.: 238
 KRÖLL S.: 191
- LA LOGGIA E.: 124
 LALIVE P.: 180, 190, 190, 256
 LEANDRO A.: 126, 273
 LEW J.D.M.: 187
 LIEBMAN E.T.: 72, 141

- LOPES PEGNA O.: 132
 LOQUIN E.: 190, 239
 LOWE V.: 238
 LUISO F.: 106
 LUPOI M.A.: 183
 LUZZATTO R.: 181, 183, 189

 MACEDO MOREIRA R.: 191
 MANDRIOLI C.: 58
 MANN F.A.: 179
 MARCUS R.L.: 8
 MARESCA M.: 153
 MARONGIU BONAIUTI F.: 18
 MARTINEZ-FRAGA P.J.: 239
 MAYER P.: 103, 115, 190, 191, 239, 243
 MCCOID J.C.: 17
 MCCONNAUGHAY P.J.: 190
 MCLACHLAN C.: 191
 MEINER P.: 191
 MELCHIONDA L.: 241
 MENCHINI S.: 8, 8, 10, 29, 73
 MERIGGI L.: 135
 MERLIN E.: 29
 MIELE A.: 123
 MIGLIAZZA A.: 126
 MIGUET J.: 59
 MILLS A.: 107, 147
 MONACO R.: 123, 135
 MORELLI G.: 33, 134, 141, 145
 MORRIS J.K.: 94
 MOSCONI F.: 138
 MOTTO A.: 10, 57
 MOTULSKY H.: 59, 59
 MURPHY K.: 147

 NASCIMBENE B.: 147
 NAZZINI R.: 239, 239

 ODDINI M.: 124
 ODORISIO E.: 106

 PAONE P.: 136
 PARK W.W.: 190, 221
 PAU G.: 123
 PAULSSON J.: 189, 190, 190, 191
 PICONE P.: 127
 PIKA M.: 105
 PINSOLLE P.: 240
 PONZANO F.: 255
 POUDRET J.F.: 187
 PROTO PISANI A.: 12, 23, 23
 PUNZI C.: 105, 106, 111

 QUADRI R.: 140

 RABEL E.: 135
 RACINE J.B.: 190
 RADICATI DI BROZOLO L.G.: 115, 183, 191, 191, 219, 240
 RANEDA J.: 239
 REDISH M.H.: 49
 REDFERN A.: 178
 RICCI E.F.: 23
 RICCI G.F.: 58, 106, 106
 RIGAUX F.: 135, 207
 ROMANO S.: 206
 ROOD C.: 239
 RUBINO SAMMARTANO M.: 181

 SABATINI M.: 278
 SALERNO F.: 148, 149, 166, 206, 273
 SAMRA H.J.: 239
 SANDERS P.: 190, 196, 238
 SANTACROCE F.G.: 268
 SAVIGNY F.C.: 122
 SCHAFFSTEIN S.: 4
 SCHERER M.: 240
 SCHNEIDER M.: 220
 SCHWEIZER P.: 44
 SERAGLINI C.: 116, 238
 SERIKI H.: 238
 SERRA M.L.: 112

- SHELL G.R.: 95
 SHEPPARD A.: 238
 SHERMAN E.F.: 8
 SIME S.: 239
 SMIT H.: 180
 SÖDERLUND C.: 238
 SPENCER BOWER G.: 32
 SPERDUTI G.: 127
 SPERL H.: 123
 STACHER M.: 221
 STELLA M.: 167
 STROHBACH H.: 183

 TAPPY D.: 44
 TARUFFO M.: 23, 26
 TEMBOURY REDONDO M.: 239
 TUO C.: 145, 153
 TURNER A.K.: 32

 VACCARELLA R.: 106
 VAN DEN BERG A.J.: 211, 230
 VAN DE VELDEN G.B.: 19

 VERDE G.: 25, 52
 VESTAL A.D.: 15
 VIÑUALES J.E.: 239
 VILLATA S.A.: 167
 VITTA E.: 129
 VIZIOZ H.: 59
 VOLPINO D.: 163
 VON MEHREN A.T.: 202
 VOSER N.: 239

 WALTERS G.L.: 239
 WENGLER W.: 135
 WESTERLIND J.M.: 239
 WONG J.: 238
 WOOLHOUSE S.P.: 238

 YAFFE N.: 240

 ZAJDELA B.: 240
 ZAUGG N.: 240
 ZEUNER A.: 4
 ZICCARDI P.: 126, 135

Finito di stampare nel mese di aprile 2022
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE

Studi di diritto internazionale ed europeo

Per i tipi di Giuffrè

1. RICCARDO LUZZATTO, *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, 1965, pp. IX-330.
2. ALBERTO SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, ristampa, 1973, pp. XI-272.
3. RICCARDO LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, 1972, pp. XII-332.
4. GIORGIO SACERDOTI, *I contratti tra stati e stranieri nel diritto internazionale*, 1972, pp. XII-408.
5. PIERLUIGI LAMBERTI ZANARDI, *La legittima difesa nel diritto internazionale*, 1972, pp. XII-316.
6. BRUNO NASCIMBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, 1984, pp. IV-592.
7. MANLIO FRIGO, *La protezione dei beni culturali nel diritto internazionale*, 1986, pp. VIII-436.
8. MASSIMO CONDINANZI, *Il Tribunale di primo grado e la giurisdizione comunitaria*, 1996, pp. XIV-340.
9. MARCO PEDRAZZI, *Danni causati da attività spaziali e responsabilità internazionale*, 1996, pp. XII-376.
10. ALESSANDRA LUCCHINI, *Cooperazione e diritto allo sviluppo nella politica esterna dell'Unione europea*, 1999, pp. XII-204.
11. MARIA C. BARUFFI, *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, 2001, pp. XII-350.
12. CARLA GULOTTA, *Le relazioni industriali nelle imprese multinazionali. I diritti di informazione e di consultazione dei lavoratori nell'Unione europea e nel diritto internazionale*, 2002, pp. XIV-314.
13. GIULIO PERONI, *Il commercio internazionale dei prodotti agricoli nell'Accordo WTO e nella giurisprudenza del Dispute Settlement Body*, 2005, pp. XII-392.
14. STEFANO BASTIANON, *Il diritto unitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, 2005, pp. XIV-316.
15. FRANCESCO ROSSI DAL POZZO, *Profili comunitari ed internazionali della disciplina degli organismi geneticamente modificati*, 2005, pp. XII-300.
16. ANDREA CARCANO, *L'occupazione dell'Iraq nel diritto internazionale*, 2009, pp. XII-362.

17. ALESSIA DI PASCALE, *La responsabilità sociale dell'impresa nel diritto dell'Unione Europea*, 2010, pp. X-304.
18. ANGELICA BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e privato*, 2012, pp. XX-434.
19. GIULIO PERONI, *La crisi dell'euro: limiti e rimedi dell'Unione economica e monetaria*, 2012, pp. VIII-210.
20. JACOPO ALBERTI, *Le agenzie dell'Unione europea*, 2018, pp. XVI-476.

Per i tipi di Giappichelli

21. FILIPPO CROCI, *Solidarietà tra stati membri dell'Unione europea e governance economica europea*, 2020, pp. XVIII-462.
22. CHIARA AMALFITANO, MASSIMO CONDINANZI (a cura di), *Paura dell'Europa. Spunti di razionalizzazione*, 2020, pp. XVI-240.
23. NERINA BOSCHIERO, *Giustizia e riparazione per le vittime delle contemporanee forme di schiavitù. Una valutazione alla luce del diritto internazionale consuetudinario, del diritto internazionale privato europeo e dell'agenda delle Nazioni Unite 2030*, 2021, pp. XXII-330.
24. MICHELE GRASSI, *Il riconoscimento degli effetti del giudicato nell'arbitrato commerciale internazionale*, 2022, pp. XVIII-318.