



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Dottorato di ricerca in diritto pubblico, internazionale ed europeo – XXXI Ciclo
Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale

LA TEORIA DELLA *RES JUDICATA* NELL'ARBITRATO COMMERCIALE INTERNAZIONALE

IUS/13

Tutor:

Chiar.ma Prof.ssa Stefania BARIATTI

Coordinatore del corso di dottorato:

Chiar.ma Prof.ssa Diana Urania GALETTA

Michele GRASSI

Matricola R11188

Anno Accademico 2017/2018

A Davide, Giacomo e Martino

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
1.Oggetto e scopo dell'indagine	1
2.Struttura dello studio	2
CAPITOLO I – LA TEORIA DELLA RES JUDICATA: PROFILI GENERALI	5
1. La nozione di res judicata	5
1.1. Giudicato formale e giudicato sostanziale	8
1.2. Effetti positivi ed effetti negativi della <i>res judicata</i>	9
2. I principi sottesi alla teoria della res judicata	11
2.1. « <i>Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa</i> ».....	11
2.2. « <i>Interest rei publicae ut sit finis litium</i> »	13
3. Profili problematici nella determinazione dell'oggetto e degli effetti della res judicata	15
3.1. L'oggetto della <i>res judicata</i> : situazione soggettiva oggetto di controversia e questioni di fatto e di diritto pregiudiziali	15
3.2. La possibile estensione degli effetti della <i>res judicata</i> alle situazioni soggettive connesse all'oggetto della controversia	19
3.3. Una scelta tra valori contrastanti.....	22
4. La qualificazione della res judicata all'interno del processo civile	23
4.1. Qualificazione della <i>res judicata</i> quale «presupposto processuale negativo».....	23
4.2. Qualificazione della <i>res judicata</i> quale « <i>rule of evidence</i> ».....	25
4.3. La questione della rilevanza <i>ex officio</i> del precedente giudicato	29
5. Prime conclusioni in merito agli aspetti generali della teoria del giudicato	30
CAPITOLO II – LA RES JUDICATA NEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI STATALI: GLI EFFETTI DI GIUDICATO DELLE SENTENZE INTERNE	31
1. Gli elementi costitutivi del giudicato	34
1.1 Italia	34
1.2 Germania.....	36
1.3 Francia.....	37
1.4 Svizzera.....	38
1.5 Inghilterra.....	39
1.6 Stati Uniti	41
1.7. Aspetti comuni e differenze in merito agli elementi costitutivi del giudicato	42
2. I limiti oggettivi del giudicato	43

2.1. Il primo cerchio concentrico: gli effetti preclusivi nei confronti della situazione soggettiva oggetto del primo giudizio.....	44
2.1.1. L'individuazione di un denominatore comune in materia di limiti oggettivi del giudicato	45
2.1.2. L'incerta definizione della nozione di «causa petendi»	50
2.1.3. Il diverso approccio al principio del «ne bis in idem»: l'estensione dei limiti oggettivi del giudicato	55
2.2. Il secondo cerchio concentrico: gli effetti preclusivi nei confronti delle questioni di fatto e di diritto pregiudiziali	62
2.2.1. La preclusione delle questioni di fatto e di diritto negli ordinamenti di civil law.....	63
2.2.2. La preclusione delle questioni di fatto e di diritto negli ordinamenti di common law ..	68
2.2.2. Alcune considerazioni in merito alla preclusione delle questioni di fatto e di diritto ...	74
2.3. Il terzo cerchio concentrico: gli effetti preclusivi nei confronti delle situazioni soggettive connesse a quanto ha formato oggetto del primo giudizio	76
2.3. Considerazioni sintetiche sui limiti oggettivi del giudicato.....	79
3. I limiti soggettivi del giudicato.....	81
3.1. Il requisito dell'identità delle parti negli ordinamenti di <i>civil law</i>	83
3.2. Il requisito dell'identità delle parti negli ordinamenti di <i>common law</i>	86
3.2.1 Il concetto di «privity» e l'estensione dei limiti soggettivi del giudicato	86
3.2.2. Effetti della «issue estoppel» e della «issue preclusion» verso i terzi.....	89
4. Considerazioni conclusive sulla disciplina nazionale dei limiti del giudicato delle sentenze statali interne.....	91
 CAPITOLO III – LA RES JUDICATA NEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI STATALI: GLI EFFETTI DI GIUDICATO DEL LODO ARBITRALE DOMESTICO	93
1. Francia	95
2. Svizzera	95
3. Germania	96
4. Italia	97
5. Inghilterra.....	99
6. Stati Uniti.....	100
7. Alcune considerazioni conclusive in merito agli effetti di giudicato del lodo arbitrale domestico.....	101
 CAPITOLO IV – GLI EFFETTI DI GIUDICATO DELLE SENTENZE STRANIERE	103
1. Il riconoscimento dell'atto giurisdizionale straniero come presupposto per la produzione degli effetti di giudicato	104
2. Teoria dell'assimilazione degli effetti.....	109
3. Teoria dell'estensione degli effetti	112

4. Teoria della doppia confinazione	117
5. Alcune considerazioni conclusive in merito agli effetti di giudicato delle sentenze straniere	121
CAPITOLO V – LA NATURA DELL’ARBITRATO COMMERCIALE INTERNAZIONALE: CARATTERISTICHE RILEVANTI PER UNO STUDIO IN TEMA DI RES JUDICATA	125
1. La nozione di «arbitrato commerciale internazionale»	126
1.1. Le definizioni di «arbitrato commerciale internazionale» suggerite dalla dottrina	127
1.2. Le definizioni di «arbitrato commerciale internazionale» fornite dalle convenzioni internazionali.....	129
1.3. Le definizioni di «arbitrato commerciale internazionale» fornite dalle leggi arbitrali statali	131
1.4. Individuazione della nozione di «arbitrato commerciale internazionale» per gli scopi del presente studio.....	134
2. Un ordinamento giuridico arbitrale?	135
2.1. Rilevanza delle diverse rappresentazioni del fenomeno arbitrale per uno studio in tema di <i>res judicata</i>	135
2.2. Le diverse rappresentazioni del fenomeno arbitrale	137
2.2.1. La tesi «territorialista».....	139
2.2.2. La tesi «pluralista».....	149
2.2.3. La tesi «autonomista».....	154
2.3. Considerazioni in merito alle diverse rappresentazioni considerate.....	160
2.3.1. Le norme applicabili al procedimento arbitrale.....	161
2.3.2. La sanzione legale del lodo	164
CAPITOLO VI – RES JUDICATA E PROCEDIMENTO ARBITRALE.....	167
1. Il problema della res judicata nell’arbitrato commerciale internazionale.....	167
2. L’approccio alla teoria della res judicata nella pratica dei tribunali arbitrali.....	170
2.1. L’opzione a favore delle norme processuali di un ordinamento statale.....	172
2.2. L’applicazione dei principi della <i>res judicata</i> in assenza di un esplicito riferimento alle norme processuali di un ordinamento statale.....	175
2.3. La discrezionalità nell’individuazione dell’ambito di efficacia del giudicato.....	177
2.4. Considerazioni in merito all’approccio alla teoria della <i>res judicata</i> nella pratica dei tribunali arbitrali	179
3. Le soluzioni proposte dalla dottrina in merito all’operatività della teoria della res judicata nell’arbitrato commerciale internazionale	180
3.1. L’approccio «conflittuale» e l’individuazione delle norme processuali di origine statale applicabili in materia di giudicato.....	183

3.2. Approccio autonomo e sviluppo di regole transnazionali in materia di giudicato.....	190
3.2.1. Le linee guida proposte dalla «International Law Association»	191
3.2.2. Lo sviluppo di regole transnazionali nella dottrina. In particolare, la necessità di un approccio autonomo al giudicato secondo S. Schaffstein	196
3.2.3. Criticità nell'adozione di un approccio autonomo in materia di giudicato	200
4. Soluzione proposta	205
4.1. La qualificazione delle questioni sollevate dall'invocazione di una precedente decisione nel procedimento arbitrale	206
4.2. La soluzione delle questioni di giudicato che sottendono una contestazione della giurisdizione del tribunale arbitrale	207
4.3. La soluzione delle questioni di giudicato che rilevano ai fini dell'ammissibilità della domanda	211
4.3.1. Possibili conseguenze dell'errata applicazione della teoria della res judicata	211
4.3.2. Possibilità di adottare un approccio differenziato per la soluzione delle problematiche sollevate dal giudicato in arbitrato	213
4.3.3. L'effetto di res judicata delle sentenze	218
4.3.4. L'effetto di res judicata dei lodi arbitrali	221
4.4. Considerazioni conclusive in merito alla soluzione proposta	223
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI	227
ALTRE FONTI.....	249
ELENCO DELLE SENTENZE.....	251
ELENCO DEI LODI ARBITRALI	261

INTRODUZIONE

1. OGGETTO E SCOPO DELL'INDAGINE

Il presente studio si propone di indagare il funzionamento della teoria della *res judicata* nel contesto dell'arbitrato commerciale internazionale.

Già nell'ambito del contenzioso giudiziale nazionale l'identificazione degli effetti del giudicato solleva considerevoli problematiche, che hanno da sempre impegnato la giurisprudenza e la dottrina processualcivilista.

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, nonché – più in generale – alla questionata natura del processo civile. Dall'altro lato, la soluzione delle intricate problematiche sollevate dalla teoria in esame comporta conseguenze pratiche d'indubbio rilievo e, di conseguenza, ha da sempre stimolato l'interesse degli interpreti e degli operatori del diritto.

Peraltro, non appena si allarghi lo sguardo e si assuma una prospettiva «transnazionale», ci si accorge di come alle difficoltà che già caratterizzano la teoria della *res judicata* a livello nazionale si aggiungano numerose variabili, che contribuiscono a complicare ulteriormente la già non facile identificazione degli effetti del giudicato.

In primo luogo, occorre prendere atto di come i diversi ordinamenti non prevedano discipline uniformi in merito agli effetti del giudicato. Pertanto, laddove una decisione varchi i confini dello Stato in cui è stata resa, pretendendo di essere riconosciuta o eseguita in un diverso ordinamento, sorge il problema di individuare la legge che regoli gli effetti del giudicato. In linea teorica, infatti, potrebbero

essere applicabili tanto le regole dell'ordinamento d'origine, quanto quelle dell'ordinamento in cui s'intende far valere la sentenza, ovvero entrambe le discipline congiuntamente.

Quando, poi, s'intenda considerare l'operatività del principio della *res judicata* nel contesto dell'arbitrato commerciale internazionale, 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.

L'esame della pratica dei tribunali arbitrali e delle riflessioni offerte dalla dottrina non restituisce un quadro chiaro circa il funzionamento della teoria della *res judicata* nel contesto arbitrale. Lo scopo del presente studio sarà, pertanto, quello di individuare un approccio che consenta di risolvere le numerose problematiche che emergono nella determinazione degli effetti delle decisioni invocate nel corso della procedura arbitrale.

2. STRUTTURA DELLO STUDIO

Nel primo capitolo si tenterà di individuare la nozione di *res judicata*, studiandone la natura e la funzione all'interno del processo civile. In tale sede si avrà modo di evidenziare come la funzione svolta dalla teoria del giudicato all'interno del processo dipenda da un bilanciamento tra valori e principi contrastanti, quali, nello specifico, le esigenze di economia processuale e certezza delle situazioni giuridiche, da un lato, e il rispetto del principio dispositivo nonché la tutela del diritto di azione e di difesa, dall'altro.

Nel secondo capitolo si esamineranno in chiave comparatistica le soluzioni accolte a livello nazionale in materia di estensione oggettiva e soggettiva degli effetti prodotti dalle sentenze 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.

Nei capitoli seguenti, si aggiungeranno gradualmente le diverse variabili che contribuiscono a rendere più incerta la soluzione delle problematiche connesse all'operatività della teoria del giudicato nell'arbitrato commerciale internazionale.

In particolare, nel terzo capitolo si considereranno gli effetti generalmente attribuiti dalle leggi arbitrali nazionali ai lodi (domestici e internazionali) resi sul territorio dello Stato. In tale sede si vedrà come, in linea di principio, gli ordinamenti statali riconoscano una generale analogia di effetti tra la decisione arbitrale resa sul territorio nazionale e la sentenza statale.

Nel quarto capitolo 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 in cui esso è stato reso, 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 essere applicabili tanto le regole dell'ordinamento d'origine, quanto quelle dell'ordinamento in cui la sentenza intende produrre i suoi effetti, ovvero entrambe congiuntamente. 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 giuridico nonché le diverse tecniche di coordinamento tra la disciplina del giudicato dello Stato di origine e dello Stato ricevente

Nel quinto capitolo si prenderanno in considerazione le caratteristiche essenziali che contraddistinguono l'arbitrato commerciale internazionale. In particolare ci si soffermerà sulle possibili rappresentazioni del fenomeno arbitrale – che, non senza talune approssimazioni, saranno classificate in tre distinte categorie – e sulle conseguenze che l'adesione ai diversi modelli teorici presi in considerazione potrebbe produrre con riferimento al processo di individuazione delle norme applicabili al procedimento arbitrale, nonché al fondamento dell'efficacia legale del lodo.

Nel sesto capitolo, infine, si affronterà il problema del funzionamento della teoria della *res judicata* nell'arbitrato commerciale internazionale. 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 considereranno i diversi approcci proposti dalla dottrina, evidenziandone i principali profili di criticità. In ultimo, si tenterà di individuare una possibile soluzione alle complesse problematiche che emergono nella determinazione degli effetti conclusivi e preclusivi delle decisioni fatte valere nel contesto arbitrale.

CAPITOLO I

LA TEORIA DELLA *RES JUDICATA*: PROFILI GENERALI

SOMMARIO: 1. La nozione di *res judicata*. – 1.1. Giudicato formale e giudicato sostanziale. – 1.2. Effetti positivi ed effetti negativi 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*. – 3.2. La possibile estensione degli effetti della *res judicata*. – 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». – 4.3. La questione della rilevanza ex officio del precedente giudicato. – 5. Prime conclusioni in merito agli aspetti generali della teoria del giudicato.

Per gli scopi del presente studio è, anzitutto, opportuno individuare la nozione di *res judicata* ed esaminare i principi a essa sottesi, nonché la funzione che tale teoria è chiamata a svolgere all’interno del processo.

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 abbia a oggetto la medesima materia del contendere e che sia

¹ L’espressione si ritrova in un frammento riportato nel Digesto, *cfr.* D. 42, 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*».

fondata sulla stessa pretesa giuridica. In altre parole, la decisione contenuta nel provvedimento passato in giudicato pone fine alla controversia, divenendo incontestabile e vincolante per le parti.

Un simile effetto è considerato, a buona ragione, elemento essenziale di ogni sistema processuale civile². La teoria della *res judicata* è, infatti, riconosciuta dalla generalità degli ordinamenti giuridici statali e può essere considerata quale attributo necessario e irrinunciabile nell'esercizio dell'attività giurisdizionale, tanto a livello nazionale³, quanto a livello internazionale⁴.

Secondo un'interessante rappresentazione, la teoria in esame costituirebbe parte fondante del c.d. «contratto sociale» con il quale ogni soggetto, rinunciando a farsi giustizia da sé, rimette allo Stato (o a terzi) il potere di risolvere le controversie che potrebbero sorgere nei rapporti con gli altri consociati. Tuttavia, a titolo di contropartita per la rinuncia alla c.d. «vendetta privata», lo Stato avrebbe

² A. ZEUNER – H. KOCH, “Effects of Judgments”, in M. Cappelletti (a cura di), *International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI - Civil Procedure*, Martinus Nijhoff, 2012, p. 4; R.L. MARCUS – M.H. REDISH – E.F. SHERMAN, *Civil Procedure. A Modern Approach*, Thomson West, 2008⁴, p. 1092.

³ A.C. FREEMAN, *A Treatise of the Law of Judgments*, Vol. II, The Lawbook Exchange Ltd., 1925⁵ (ristampa 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 discipline privatistiche*, vol. XVI, UTET, 1999, p. 404; P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, Oxford University Press, 2001, pp. 8-9; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, UTET, 2002, pp. 7-8.

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, para. 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, para. 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, para. 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*, Sweet & Maxwell, 1953, ristampato da Grotius Publications Ltd., 1987, pp. 336 e 338; B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue, and Class Actions*, Kluwer Law International, 2006, p. 240; N. GALLAGHER, “Parallel Proceedings, Res Judicata and Lis Pendens: Problems and Possible Solutions”, in J.D.M. Lew – L.A. Mistelis, *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006, p. 335; S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, Oxford University Press, 2016, p. 12.

il dovere di offrire un'efficace tutela giurisdizionale e, segnatamente, di garantire la stabilità di tale protezione, impedendo che la controversia si protragga all'infinito⁵.

La possibilità di avanzare in via giudiziale, senza limitazione di sorta, una medesima pretesa, proponendo ripetutamente la stessa domanda, 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. Eloquente, a questo proposito, quanto affermato da Lord Simon nel 1977:

*«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 a nessun 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 unicamente la disciplina specifica degli effetti del giudicato⁷, ma si estende, altresì, alla funzione attribuita alla teoria in esame all'interno del processo civile⁸. In particolare, come si vedrà,

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

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

⁷ Cfr. *infra* capitolo II.

⁸ C. CHAINAIS, "L'autorité de la chose jugée en procédure civile: perspectives de droit compare", op. cit. nota 5, p. 30, in particolare nota 75. Il tema sarà meglio approfondito nei successivi paragrafi e nel capitolo II.

tale diversità si riscontra 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, nelle pagine che seguono si cercherà di delineare 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, si potranno genericamente riassumere nei caratteri d'irretrattabilità e vincolatività della decisione passata in giudicato.

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

Peraltro, la nozione di giudicato formale appartiene al diritto positivo¹²; sul piano teorico nulla impedisce che una decisione ancora passibile d'impugnazione

⁹ A. ZEUNER – H. KOCH, “Effects of Judgments”, op. cit. nota 2, p. 4. Tale distinzione è presente, altresì, 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*, UTET, 2015, p. 31.

¹¹ Tanto premesso, salva espressa indicazione contraria, nel presente studio ogni impiego del termine “giudicato” dovrà intendersi come riferito alla nozione di “giudicato sostanziale”.

¹² S. MENCHINI, voce “Regiudicata civile”, op. cit. nota 3, p. 411.

produca fin da subito gli effetti del giudicato sostanziale. Nondimeno, tali effetti dovrebbero essere sospesi nel caso in cui il provvedimento decisorio sia effettivamente impugnato¹³.

1.2. Effetti positivi ed effetti negativi della *res judicata*

Come detto, la decisione avente valore di cosa giudicata fa stato tra le parti e impedisce la riproposizione della medesima domanda in un successivo procedimento. Il passaggio in giudicato della decisione, pertanto, produce una serie di conseguenze giuridiche, generalmente classificabili nelle categorie di effetti negativi (o preclusivi) ed effetti positivi (o conclusivi) della *res judicata*.

Per quanto riguarda gli effetti negativi, la formazione del giudicato impedisce lo svolgimento di un nuovo giudizio avente a oggetto la medesima pretesa giuridica. 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, quindi, essere messo nuovamente in discussione in sede contenziosa.

Per quanto, invece, concerne gli effetti positivi del giudicato, il pronunciamento contenuto nel provvedimento giurisdizionale definisce e determina la relazione giuridica in essere tra le parti e oggetto del contenzioso¹⁴. Di conseguenza, laddove il provvedimento decisorio abbia natura dichiarativa (e sia corretto), il suo effetto sarà semplicemente quello di consolidare e cristallizzare la situazione giuridica già esistente, 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

¹³ È questo il caso dell'ordinamento francese. Cfr. A. ZEUNER – H. KOCH, “Effects of Judgments”, op. cit. nota 2, p. 6;

¹⁴ Su questo punto si è aperto un acceso dibattito in dottrina, specie in ambito tedesco, circa la natura «sostanziale» ovvero «processuale» del giudicato. Sul punto non sembra utile dilungarsi, considerando più opportuno accogliere l'orientamento di chi ritiene che il giudicato posseda entrambe le connotazioni. Cfr. S. MENCHINI – A. MOTTO, “Art. 2909 – Cosa giudicata”, op. cit. nota 10.

passato in giudicato e, pertanto, non potrà più essere questionata in successivi procedimenti.

Laddove, invece, il provvedimento decisorio abbia natura costitutiva, di condanna, ovvero dichiarativa (ma sia errato¹⁵), il pronunciamento del giudice modifica sul piano sostanziale la relazione giuridica intercorrente tra le parti («*res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat*»)¹⁶.

Da ciò consegue che, in (eventuali) successivi procedimenti aventi a oggetto diritti dipendenti, la situazione pregiudiziale già oggetto di giudicato non potrà essere rimessa in discussione dalle parti e costituirà la base per il pronunciamento del giudice¹⁷.

Come precisato da attenta dottrina, peraltro, gli effetti appena considerati non sono altro che due facce della stessa medaglia; anzi, in una prospettiva prettamente processuale, l'effetto positivo del giudicato non sarebbe altro che una conseguenza dell'effetto preclusivo: è solo perché risulta impedito un nuovo pronunciamento in merito ai diritti già oggetto di giudicato che, nei procedimenti che interessino diritti dipendenti, il giudice si dovrà attenere alla decisione resa con riferimento al rapporto pregiudiziale¹⁸.

¹⁵ Come si vedrà nel prosieguo della trattazione, infatti, la «correttezza» della decisione non è requisito essenziale affinché la stessa produca effetti di giudicato. Per la correzione degli errori che non siano semplici imprecisioni nella redazione del provvedimento decisorio, gli ordinamenti predispongono meccanismi di impugnazione ordinari, esauriti i quali la decisione diviene vincolante. E questo nonostante la presenza di errori. Cfr. G. SPENCER BOWER – A.K. TURNER – K.R. HANDLEY, *The Doctrine of Res Judicata*, Butterworths, 1996, p. 14.

Tuttavia, nel caso in cui gli errori derivino da circostanze ritenute particolarmente gravi (es. dolo del giudice, malafede della controparte) diversi ordinamenti predispongono mezzi di impugnazione straordinari, esperibili anche successivamente al passaggio in giudicato della decisione..

¹⁶ A. ZEUNER – H. KOCH, “Effects of Judgments”, op. cit. nota 2, p. 11.

¹⁷ Va da sé che le parti dovranno anche dare esecuzione a quanto disposto dalla decisione. Tuttavia, una simile conseguenza non è necessariamente connessa alla teoria 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).

¹⁸ S. MENCHINI – A. MOTTO, “Art. 2909 – Cosa giudicata”, op. cit. nota 10, p. 38.

2. I PRINCIPI SOTTESI ALLA TEORIA DELLA *RES JUDICATA*

La funzione propria della teoria della *res judicata* 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 privata¹⁹.

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 contenzioso²⁰.

Tuttavia, perché questo avvenga, è necessario che al provvedimento decisorio sia garantita una certa stabilità e definitività. In assenza di un principio che impedisca alle parti di questionare *ad libitum* il risultato dei procedimenti contenziosi sorgerebbero innumerevoli inconvenienti, che, in buona sostanza, renderebbero impossibile la realizzazione del c.d. «giusto processo»²¹.

Anzitutto, per definizione, il procedimento non potrebbe avere una durata ragionevole – caratteristica propria del giusto processo – poiché nulla impedirebbe

¹⁹ P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, op. cit. nota 3, p. 9; N. ANDREWS, *English Civil Procedure*, Oxford University Press, 2003, par. 40.03-40.04; A. ZEUNER – H. KOCH, “Effects of Judgments”, op. cit. nota 2, p. 4; K. HOBÉR, “*Res Judicata* and *Lis Pendens* in International Arbitration”, in *Recueil des Cours*, 366, 2014, pp. 120.

²⁰ A.D. VESTAL, *Res Judicata / Preclusion*, Matthew Bender, 1969, p. 8.

²¹ Diritto che – è bene ricordare – è garantito tanto a livello costituzionale (art. 11 Costituzione italiana), 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).

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; la disputa, pertanto, potrebbe rimanere irrisolta per un tempo indeterminato.

In secondo luogo, un'ipotetica mancanza di stabilità delle decisioni restringerebbe notevolmente i diritti fondamentali di azione e di difesa²². Le parti sarebbero comprensibilmente restie a investire tempo e denaro nella conduzione di un procedimento al cui esito non riuscirebbero comunque a ottenere l'utilità sperata; o, meglio, il cui eventuale risultato (anche solo parzialmente) favorevole potrebbe sempre essere messo in discussione dalla controparte.

Immaginiamoci 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 controparte si rifiuta di corrispondere. Se, una volta ottenuto il provvedimento di condanna nei confronti del compratore inadempiente, a quest'ultimo fosse comunque possibile 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 peggiore, se si considerano le spese legali che avrà dovuto sostenere nel corso del processo.

Immaginiamoci ora la situazione opposta, in cui il compratore abbia nei fatti pagato la merce oggetto di fornitura. A fronte dell'azione del venditore che contesta o che non si ritiene soddisfatto dal pagamento effettuato, l'acquirente sarà tenuto a difendersi, 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,

²² S. MENCHINI – A. MOTTO, “Art. 2909 – Cosa giudicata”, op. cit. nota 10, p. 23; K.M. CLERMONT, “Res Judicata as a Requisite for Justice”, in *Rutgers University Law Review*, 68, 2016, p. 1080.

pretendendo il pagamento del medesimo credito, il compratore dovrebbe impegnarsi in un nuovo processo, con evidente sacrificio di tempo e di risorse²³.

In definitiva, la teoria della *res judicata* assicura stabilità e certezza alle relazioni giuridiche e impedisce che la legittima domanda di giustizia dei consociati sia frustrata da un'inutile e dannosa ripetizione dei procedimenti, che, peraltro, produrrebbe gravi ostacoli ai loro traffici commerciali, oltre che un inevitabile aumento delle spese legali²⁴.

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 è, infatti, anche un interesse generale della collettività.

Anzitutto, il principio della *res judicata* risponde 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 procedimenti²⁵.

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 procedimenti implica, infatti, un aumento del carico di lavoro dei tribunali e l'esercizio dell'attività giurisdizionale, come evidente, comporta sempre dei costi per le casse dello Stato. A fronte di un appesantimento del ruolo dei tribunali, si renderà necessaria l'allocazione di maggiori risorse; in caso contrario si produrrebbero ritardi nella definizione delle controversie, o, in alternativa, si dovrebbe ridurre il tempo dedicato allo studio

²³ 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».

²⁴ A.D. VESTAL, *Res Judicata / Preclusion*, op. cit. nota 20, pp. 8-9.

²⁵ P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, op. cit. nota 3, p. 9.

delle singole controversie, con una conseguente diminuzione della qualità del lavoro e un corrispondente incremento del rischio di errori²⁶.

In poche 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 giustizia²⁷.

In secondo luogo, assicurare la definitività e l'irretrattabilità dei provvedimenti giurisdizionali significa 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: il modo in cui le parti sostengono 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.

Da un punto di vista sistematico, un simile risultato non è accettabile. Il contrasto tra giudicati non rappresenta soltanto un grave *vulnus* per la credibilità del sistema giurisdizionale nel suo complesso – che, provvedendo soluzioni diverse alla medesima disputa, dimostra una chiara incoerenza interna – ma accresce altresì l'incertezza delle situazioni giuridiche e, di conseguenza, contribuisce ad alimentare la controversia²⁸.

²⁶ J.C. MCCOY, "A Single Package for Multiparty Disputes", in *Stanford Law Review*, 28, 4, 1976, p. 707.

²⁷ R. FREER, *Civil Procedure*, Wolters Kluwer, 2009², p. 532; A.D. VESTAL, *Res Judicata / Preclusion*, op. cit. nota 20, pp. 10-12.

²⁸ A. ZEUNER – H. KOCH, "Effects of Judgments", op. cit. nota 2, p. 11; K. HOBÉR, "*Res Judicata* and *Lis Pendens* in International Arbitration", op. cit. nota 19, p. 120; Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 13916 del 16 giugno 2006: «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».

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

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.

Rinviando al secondo capitolo la trattazione specifica delle soluzioni accolte a livello nazionale, in questo paragrafo si intende considerare come tali discipline siano necessariamente influenzate dalla differente funzione sostanziale 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 bilanciamento tra valori contrapposti e, quindi, di una scelta di politica legislativa.

3.1. L'oggetto della res judicata: 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 avanzino 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 dovrà 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 presupposti²⁹.

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. Tuttavia, in tale ipotesi, sebbene non venga in rilievo la medesima situazione sostanziale, si creerebbe un'incoerenza logica tra i processi argomentativi che hanno condotto all'adozione delle due diverse decisioni³⁰. Al fine di evitare simili incongruenze, pertanto, si dovrebbe

²⁹ 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 una sorta di «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 fatto si traducono in un contrasto di giudicati, nel secondo modello esse potrebbero considerarsi sostanzialmente irrilevanti. Cfr. S. BREKOULAKIS, "The Effect of an Arbitral Award and Third Parties in International Arbitration: *Res Judicata* Revisited", in *American Review of International Arbitration*, 17, 2005, p. 182.

³⁰ 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

considerare preclusa anche la nuova trattazione delle questioni giuridiche e di fatto essenziali che rappresentano il presupposto logico-giuridico necessario del provvedimento giurisdizionale³¹.

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 dovrebbe ritenersi precluso nei successivi procedimenti.

(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 (e non incompatibile) con il diritto vantato da Tizio nel primo processo ($D_Y \neq D_X$), esso si fonda sui medesimi presupposti fattuali che sono 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 $F_B + N_Y \neq D_Y$).

³¹ Come vedremo 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* pp. 68 ss. Eloquente, 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 *issue 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».

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 comporta inevitabilmente dei costi, purtroppo non sempre recuperabili. Le parti saranno inclini a sostenere tali spese laddove il bene della vita cui aspirano (o il danno che intendono evitare) all'esito del processo giustifichino il loro impegno economico³².

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 di quest'ultimo³³.

A mente di tale ricostruzione, pertanto, solo i diritti soggettivi azionati in giudizio potrebbero formare oggetto di giudicato; al contrario, il provvedimento

³² 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 1000. Per una considerazione dell'impatto dei costi del contenzioso sulla valutazione circa l'opportunità di agire e/o difendersi in giudizio, *cf.* R. FENTIMAN, *International Commercial Litigation*, Oxford University Press, 2015², pp. 3 ss..

³³ 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 valgono i suoi sforzi per dimostrare che la realtà dei fatti non corrisponde a quanto sostenuto da Tizio ($F_A \neq F_B$): tali elementi fattuali sono ormai coperti dal giudicato e non possono essere rimessi in discussione nel secondo procedimento.

giurisdizionale non produrrebbe alcun effetto preclusivo nei confronti degli elementi fattuali oggetto di causa³⁴.

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 considerazione³⁵, lo stesso non sembra invece valere per i diritti soggettivi o, più in generale, per i rapporti giuridici sottesi alla controversia.

Dalla generica trattazione della 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.

³⁴ Come vedremo, 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 *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1979, p. 641; E. F. RICCI, voce "Accertamento giudiziale", in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, vol. I, Torino, 1987, p. 20; E. FAZZALARI, *Il cammino della sentenza e della «cosa giudicata»*, in *Rivista di diritto processuale*, 1988, p. 597; A. PROTO PISANI, "Appunti sul giudicato civile e i suoi limiti oggettivi", in *Rivista di diritto processuale*, 1990, p. 387; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, op. cit. nota 3, pp. 69 ss.; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Cacucci Editore, 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, Il Mulino, 2011; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, Giappichelli, 2017¹¹.

³⁵ Cfr. *infra* pp. 68 ss.

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 convenuto³⁶. 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 contestare 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 limiterebbero ineluttabilmente 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

³⁶ Cfr. *supra* p. 11.

potere decisorio in merito alle controversie che possono sorgere tra i consociati, ma ha il dovere di pronunciarsi con riferimento alle sole domande che le vengano sottoposte.

In una simile prospettiva, pertanto, al fine di evitare un'indebita violazione del principio dispositivo, nonché una altrettanto inopportuna alterazione del contraddittorio, l'ambito di operatività del giudicato dovrebbe ricalcare pedissequamente i limiti delle domande proposte, anche laddove l'oggetto del processo rappresenti solo parte di una più articolata e complessa controversia³⁷.

Tuttavia, con ogni evidenza in questo modo si favorisce la frammentazione del contenzioso in una pluralità di procedimenti e si apre la strada a possibili contraddizioni nel giudicato, oltre che alle già esposte diseconomie processuali³⁸.

³⁷ 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. 2*, Zanichelli, 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 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 *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, p. 280, secondo cui il principio della domanda «non può cedere il passo ad esclusive esigenze processuali di economia dei giudizi»; M. TARUFFO, «Collateral estoppel e giudicato sulle questioni», in *Rivista di diritto processuale*, 1972, p. 272.

³⁸ È bene ricordare che l'economia processuale e, quindi, la conclusione del procedimento in tempi ragionevoli non costituisce unicamente un interesse pubblico di contenimento della spesa, ma rappresenta, altresì, un elemento essenziale per la realizzazione del c.d. «giusto processo». Cfr. *supra* pp. 11. 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 *Rivista di diritto processuale*, 2015, p. 1565.

3.3. Una scelta tra valori contrastanti

Alla luce di quanto considerato nei paragrafi precedenti è possibile constatare come, benché la tutela del diritto di azione e di difesa presupponga che al provvedimento giurisdizionale sia riconosciuto un nucleo essenziale di effetti preclusivi, l'effettività di una simile tutela diminuisce quanto più si espande tale nucleo. Al contrario, le esigenze di 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 disciplina specifica della *res judicata* sia il frutto, in buona sostanza, di un bilanciamento tra interessi contrapposti³⁹. Laddove si vogliano promuovere i valori dell'economia processuale e dell'armonia delle decisioni si sarà portati ad ampliare l'ambito operativo del giudicato, così da ricomprendervi 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 in una sanzione (indiretta) del comportamento negligente della parte che abbia ommesso di concentrare in unica azione o difesa tutte le argomentazioni giuridiche relative a una medesima controversia⁴⁰.

Nel caso in cui, invece, si ritenga preferibile assicurare una più pervasiva tutela del contraddittorio e 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.

³⁹ K.M. CLERMONT, "Res Judicata as a Requisite for Justice", op. cit. nota 22, p. 1080; S. MENCHINI, voce "Regiudicata civile", op. cit. nota 3, p. 429; *Cfr.* anche Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 26242 del 12 dicembre 2014, 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».

⁴⁰ C. CHAINAIS, "L'autorité de la chose jugée en procédure civile: perspectives de droit compare", op. cit. nota 5, p. 26.

La funzione «sostanziale» attribuita alla teoria in esame dipenderà, pertanto, da questa scelta tra valori contrastanti⁴¹. A seconda del bilanciamento operato, infatti, la regiudicata si caratterizzerà quale strumento di economia processuale e pacificazione sociale, ovvero di garanzia dei diritti di azione e difesa, nel rispetto del contraddittorio e del principio dispositivo.

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. Si rende ora opportuno 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, il giudicato impedisce alle parti di riproporre domande che siano già state oggetto di esame in un precedente contenzioso.

Sebbene non si riscontri unanimità di vedute sul punto⁴², laddove nel nuovo processo sia fatto valere il medesimo diritto già oggetto di giudizio, la regiudicata

⁴¹ S. MENCHINI, voce "Regiudicata civile", op. cit. nota 3, p. 429, secondo cui: "Le scelte di valore hanno pregiudicato e pregiudicano notevolmente le risposte che si sono date e che si danno ai problemi che la concreta esperienza ha posto e continua a porre alla giurisprudenza pratica e teorica"; G. VERDE, *Diritto Processuale Civile*, op. cit. nota 37, p. 289.

⁴² Vi è, infatti, chi ritiene che il giudicato produca effetti anzitutto sul piano sostanziale e non, invece, sul piano processuale. Secondo tale dottrina, il giudice sarebbe tenuto a rigettare la nuova domanda giacché infondata nel merito. Secondo tale ricostruzione, «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

dovrebbe considerarsi quale condizione negativa alla regolare costituzione del rapporto processuale – e quindi quale «presupposto processuale negativo»⁴³ – ovvero alla ricevibilità della domanda⁴⁴. In buona sostanza, in presenza di un precedente giudicato sarebbe escluso il potere del giudice di conoscere (nuovamente) della controversia⁴⁵. La teoria della *res judicata*, in altre parole, impedisce al giudice di esaminare il merito delle questioni su cui è già intervenuta una precedente decisione.

In una simile prospettiva, gli effetti preclusivi della regiudicata esplicherebbero la loro efficacia su un piano prettamente processuale. Pertanto,

d'accertamento per il giudice che l'ha compiuto e per i futuri giudici sarebbe chiaramente identico a quello che su etti giudici già grava in forza dell'astratta volontà di legge», A. ATTARDI, *Diritto processuale civile, Vol. I*, CEDAM, 1999³, p. 434; *cf.* A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti: studi*, Jovene, 2003, p. 296; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, op. cit. nota 33, pp. 118 ss.. Tale ricostruzione, tuttavia, non convince appieno. Se è vero che la decisione passata in giudicato produce effetti anche sul piano del diritto sostanziale (*cf.* *supra* p. 9), poiché risolve una situazione di incertezza giuridica sull'effettivo modo di essere dei diritti soggettivi oggetto di controversia, ciò non esclude che la regiudicata produca anzitutto un vincolo di natura processuale. In caso contrario, il secondo giudice sarebbe comunque tenuto a pronunciarsi nel merito della controversia, accertando (nuovamente) la situazione soggettiva controversa nel rispetto del vincolo sostanziale creato dal precedente giudicato. In tale ipotesi, peraltro, rileverebbero in ogni caso profili di natura processuale: se davvero il giudice fosse tenuto a decidere il merito della controversia, ma, nel fare ciò, non potesse discostarsi da quanto già statuito nel primo procedimento, non sarebbe possibile riscontrare un reale «interesse ad agire» dell'attore e, di conseguenza, la domanda dovrebbe essere comunque rigettata con una pronuncia di rito. *Cfr.* A. ZEUNER – H. KOCH, “Effects of Judgments”, op. cit. nota 2, p. 12.

⁴³ 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 negati» – e cioè quegli elementi che non devono sussistere affinché il giudice possa conoscere del merito della controversia – quali la litispendenza e, per l'appunto, l'esistenza di un precedente giudicato.

⁴⁴ Come avviene, ad esempio, in Francia. *Cfr.* C. CHAINAIS, “L'autorité de la chose jugée en procédure civile: perspectives de droit compare”, op. cit. nota 5, p. 8.

⁴⁵ M. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Giappichelli, 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*, Giuffrè, 1987, p.198; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, op. cit. nota 33, p. 99; E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, Pacini Giuridica, 2017, p.

laddove nel nuovo processo fosse proposta la medesima domanda, l'organo giudicante sarebbe tenuto a rigettarla pronunciando una sentenza di rito.

La sentenza di rigetto in rito, peraltro, non produrrebbe alcun 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 esclusivo 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 si richiedono, infatti, soluzioni differenti; nonostante il precedente giudicato, il giudice potrebbe essere comunque chiamato a conoscere del merito della controversia, quantomeno con riferimento alle questioni che non siano già state decise. In tal caso, pertanto, il procedimento non potrebbe essere chiuso con una sentenza di rigetto in rito.

4.2. Qualificazione della *res judicata* quale «*rule of evidence*»

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 in passato qualificata come «*rule of evidence*».

Nello specifico, si riteneva che la c.d. «*issue estoppel*»⁴⁶ 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

⁴⁶ Secondo la 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* pp. 68 ss..

sarebbe dovuta considerare come «prova conclusiva» di tali circostanze fattuali anche nei successivi procedimenti⁴⁷.

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 categorie delle c.d. *rules of evidence*⁴⁸.

Peraltro, in altri Paesi del Commonwealth la giurisprudenza aveva evidenziato l'inadeguatezza di un'eventuale qualificazione della «*cause of action estoppel*»⁴⁹ quale regola di valutazione delle prove⁵⁰.

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

⁴⁷ *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.

⁴⁸ In realtà la giurisprudenza inglese ha ormai escluso che tutte le tipologie di *estoppel* 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. 316–7; *First National Bank plc v Thompson* [1996] CH 231, spec. 236.

⁴⁹ Cfr. *infra* pp. 44 ss..

⁵⁰ *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”».

“*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»⁵¹.

È quindi per un principio di *public policy* 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 public policy*» non è priva di conseguenze. Laddove si consideri la *issue estoppel* 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 addirittura essere esclusa in forza di un accordo tra le parti⁵².

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

⁵¹ *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.

⁵² G. SPENCER BOWER – A.K. TURNER, *The Doctrine of Res Judicata*, Butterworths, 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».

contraddittorie»⁵³, il giudice sarebbe tenuto a 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 pregiudiziali, che – nel *common law* inglese – è ricompreso nella nozione di *issue estoppel*⁵⁴.

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 contenzioso⁵⁵.

⁵³ *Rogers v The Queen* (1994) 181 CLR 251.

⁵⁴ *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 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».

⁵⁵ Come vedremo, 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, a parere di chi scrive, 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”, op. cit. nota 19, p. 156.

4.3. La questione della rilevanza *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 processuale⁵⁶. 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 preclusivi⁵⁷.

⁵⁶ È questo il caso, ad esempio, dell'ordinamento inglese, *cfr. supra*, in particolare nota 53; dell'ordinamento tedesco, *cfr.* A. ZEUNER – H. KOCH, “Effects of Judgments”, op. cit. nota 2, pp. 13-14; e dell'ordinamento italiano, *cfr.* Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 13916 del 16 giugno 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»

⁵⁷ È questo, invece, il caso dell'ordinamento francese, *cfr.* A. ZEUNER – H. KOCH, “Effects of Judgments”, op. cit. nota 2, pp. 15; K. HOBÉR, “Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration”, op. cit. nota 19, 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 abbiamo voluto considerare le caratteristiche essenziali della teoria oggetto del presente studio.

Siamo partiti dalla nozione di *res judicata*, individuata nei caratteri di definitività, irretrattabilità e vincolatività della decisione passata in giudicato. Abbiamo, quindi, distinto le nozioni di «giudicato formale» e di «giudicato sostanziale», per poi occuparci dei possibili effetti del giudicato sostanziale sulle relazioni giuridiche intercorrenti tra le parti. 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 dallo studio degli interessi di natura pubblica e privata perseguiti dalla teoria della *res judicata*. Abbiamo potuto apprezzare come la definizione degli effetti del giudicato chiami 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 civile⁵⁸.

In ultimo, abbiamo considerato 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.

⁵⁸ Cfr. nota 29.

CAPITOLO II

LA *RES JUDICATA* NEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI STATALI: GLI EFFETTI DI GIUDICATO DELLE SENTENZE INTERNE

SOMMARIO: 1. Gli elementi costitutivi del giudicato. – 1.1 Italia. – 1.2 Germania. – 1.3 Francia. – 1.4 Svizzera. – 1.5 Inghilterra. – 1.6 Stati Uniti. – 1.7. Aspetti comuni e differenze in merito agli elementi costitutivi del giudicato. – 2. I limiti oggettivi del giudicato. – 2.1. Il primo cerchio concentrico: gli effetti preclusivi nei confronti della situazione soggettiva oggetto del primo giudizio. – 2.1.1. L'individuazione di un denominatore comune in materia di limiti oggettivi del giudicato. – 2.1.2. L'incerta definizione della nozione di «causa petendi». – 2.1.3. Il diverso approccio al principio del «ne bis in idem»: l'estensione dei limiti oggettivi del giudicato. – 2.2. Il secondo cerchio concentrico: gli effetti preclusivi nei confronti delle questioni di fatto e di diritto pregiudiziali. – 2.2.1. La preclusione delle questioni di fatto e di diritto negli ordinamenti di civil law. – 2.2.2. La preclusione delle questioni di fatto e di diritto negli ordinamenti di common law. – 2.2.2. Alcune considerazioni in merito alla preclusione delle questioni di fatto e di diritto. – 2.3. Il terzo cerchio concentrico: gli effetti preclusivi nei confronti delle situazioni soggettive connesse a quanto ha formato oggetto del primo giudizio. – 2.3. Considerazioni sintetiche sui limiti oggettivi del giudicato. – 3. I limiti soggettivi del giudicato. – 3.1. Il requisito dell'identità delle parti negli ordinamenti di civil law. – 3.2. Il requisito dell'identità delle parti negli ordinamenti di common law. – 3.2.1 Il concetto di «privity» e l'estensione dei limiti soggettivi del giudicato. – 3.2.2. Effetti della «issue estoppel» e della «issue preclusion» verso i terzi. – 4. Considerazioni conclusive sulla disciplina nazionale dei limiti del giudicato.

Come si è detto, la *regiudicata* persegue una pluralità d'interessi, di natura tanto pubblica, quanto privata. 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 *res judicata* nel processo e, di conseguenza, incide sulla disciplina nazionale in materia di oggetto ed effetti del giudicato.

Tuttavia, ogni ordinamento giuridico nazionale definisce 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 ai fini del nostro studio per diversi ordini di ragioni. In primo luogo, essa consentirà di dimostrare come – non solo a livello teorico, ma anche nei fatti – non sia possibile individuare una disciplina uniforme della regiudicata. In secondo luogo, l’esame dei diversi modelli permetterà di individuare quali siano i punti in comune tra le discipline nazionali del giudicato e quali, invece, le principali differenze. 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 nel sesto capitolo, i tribunali arbitrali potrebbero essere chiamati ad applicare una legge statale per definire gli effetti di giudicato delle decisioni che vengono in rilievo in arbitrato⁵⁹.

Allo stesso tempo, è bene evidenziare fin da subito che lo scopo del presente capitolo non è quello di identificare le soluzioni più adeguate a regolare in astratto il fenomeno del giudicato. Per quanto si vedrà, l’individuazione di una disciplina ideale del giudicato appare come una chimera irraggiungibile; ogni soluzione particolare, infatti, è espressione di scelte di principio differenti.

Nello specifico, si esamineranno le discipline accolte nel diritto italiano, tedesco, francese, svizzero, inglese⁶⁰ e statunitense⁶¹. La scelta di tali ordinamenti,

⁵⁹ K. HOBÉR, “*Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*”, op. cit. nota 19, p. 127.

⁶⁰ Come noto, nel Regno Unito coesistono diversi sistemi giuridici: l’ordinamento di 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.

lungi dall'essere casuale, è dettata da una pluralità di ragioni. Anzitutto, si ritiene opportuno prendere in esame tanto ordinamenti di *civil law* (Italia, Germania, Francia e Svizzera) quanto ordinamenti di *common law* (Inghilterra e Stati Uniti). È, infatti, un dato pacifico che, sebbene anche tra gli ordinamenti appartenenti alle medesime tradizioni giuridiche non sia dato riscontrare una disciplina uniforme della *res judicata*, tra i sistemi di tradizione continentale e i sistemi di tradizione anglosassone le differenze risultano particolarmente marcate⁶².

In secondo luogo, nei predetti ordinamenti la teoria del giudicato è stata oggetto di notevole attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza; ciò ha permesso lo sviluppo di una disciplina del giudicato che, benché non priva di zone d'ombra, appare sicuramente articolata e coerente.

Infine, molti degli ordinamenti considerati rivestono un ruolo di grande importanza nel contesto dell'arbitrato commerciale internazionale e, per questa ragione, le rispettive discipline potrebbero venire in rilievo con maggiore facilità nel corso dei procedimenti arbitrali.

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 dilungarci nell'esame degli elementi «accessori», spesso

⁶¹ Come noto, gli Stati Uniti d'America sono una repubblica federale, le cui competenze sono suddivise tra i 50 Stati federati e lo Stato centrale. La disciplina della *res judicata* deriva, per lo più, dalla giurisprudenza delle corti statali. Peraltro, queste ultime, qualificando la regiudicata quale materia di diritto sostanziale, applicano (nella maggior parte dei casi) la legge del loro Stato. È, quindi, molto difficile offrire un'analisi approfondita della dottrina in esame nella legislazione statunitense. Il discorso è ancora più complicato laddove si vogliano considerare gli effetti della sentenza resa da una corte statale in un (eventuale) successivo procedimento dinanzi a una corte federale (e viceversa). Tanto premesso, a livello federale la *res judicata* è trattata in AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law (Second) of Judgments*, 1985 (anche solo "*Restatement (Second) of Judgments*"). Sebbene 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 regiudicata. Cfr. R. FREER, *Civil Procedure*, op. cit. nota 27, p. 532.

⁶² A. ZEUNER – H. KOCH, "Effects of Judgments", op. cit. nota 2, pp. 23 ss.; G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2014², p. 3734; K. HOBÉR, "Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration", op. cit. nota 19, p. 127; S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, op. cit. nota 4, p. 15; S. BREKOULAKIS, "The Effect of an Arbitral Award and Third Parties in International Arbitration: Res Judicata Revisited", op. cit. nota 29, p. 182.

caratterizzati da 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 nostra trattazione non si limiterà a una mera elencazione delle regole nazionali in materia di giudicato, ma si articolerà nell'esame di tre distinte problematiche. In prima battuta, si individueranno gli elementi costitutivi del giudicato; in secondo luogo, si esamineranno l'estensione oggettiva degli effetti di giudicato; in ultimo, si considererà l'ambito di efficacia soggettiva delle decisioni.

1. 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.

1.1 Italia

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

soggettivi⁶³. Non producono, invece, effetti di giudicato le «ordinanze» e i «decreti»⁶⁴.

Peraltro, 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 che, pertanto, non esplicino efficacia al di fuori del processo in cui sono rese⁶⁵.

Bisogna, poi, distinguere tra le «sentenze definitive» e le «sentenze non definitive». Con la sentenza definitiva il giudice decide in modo conclusivo della controversia ed esaurisce, quindi, la sua funzione giurisdizionale. Tali provvedimenti sono pacificamente idonei a produrre effetti di giudicato⁶⁶. Quanto alle sentenze non definitive, il discorso è, invece, più complesso. Queste ultime, infatti, non concludono il processo, poiché il giudice decide solamente una parte della controversia; in questo caso occorre distinguere i casi in cui la sentenza non

⁶³ 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 – sarà idoneo a produrre gli effetti del giudicato, *cf.* S. MENCHINI – A. MOTTO, “Art. 2909 – Cosa giudicata”, op. cit. nota 10, p. 33, spec. nota 37.

⁶⁴ 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).

⁶⁵ A. ZEUNER – H. KOCH, “Effects of Judgments”, op. cit. nota 2, pp. 21. Peraltro, si ritiene che alcune sentenze di rito, se non idonee a produrre effetti di giudicato sostanziale, esplicino 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 *cf.* S. MENCHINI, voce “Regiudicata civile”, op. cit. nota 3, pp. 419.

⁶⁶ 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*.

definitiva decida una o più domande⁶⁷, dal caso in cui questa decida una questione di rito o di merito. Le prime avranno la medesima valenza delle sentenze definitive quanto agli effetti di giudicato. Le sentenze non definitive sulle questioni di rito o di merito, 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 procedimenti⁶⁸.

Infine, producono effetto di giudicato solamente le sentenze che abbiano raggiunto la situazione giuridica espressa dal «giudicato formale»⁶⁹. 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 sentenza⁷⁰. Al contrario, la proponibilità dei c.d. «mezzi di impugnazione straordinari»⁷¹ – ovvero i mezzi di impugnazione con cui vengono fatti valere eventuali vizi occulti della sentenza – non impedisce il passaggio in giudicato del provvedimento giudiziale.

1.2 Germania

Nell'ordinamento tedesco, invece, producono effetti di giudicato unicamente le sentenze definitive (*Endurteil*). Le sentenze non definitive (*Zwischenurteile*) – che, peraltro, possono essere adottate in una serie molto limitata di casi –

⁶⁷ Ciò può avvenire laddove il processo presenti un cumulo oggettivo di cause e il giudice sia chiamato a pronunciarsi su una pluralità

⁶⁸ Cfr. A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, op. cit. nota 42, pp. 453-454.

⁶⁹ Cfr. S. MENCHINI – A. MOTTO, “Art. 2909 – Cosa giudicata”, op. cit. nota 10, p. 32.

⁷⁰ Sono «mezzi di impugnazione ordinari»: il regolamento di competenza (artt. 42 e 43 del codice di procedura civile italiano – “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.

⁷¹ 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.

assumono efficacia vincolante solo all'interno del processo in cui sono state rese e non sono idonee a produrre effetti di giudicato nei successivi procedimenti⁷².

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 giudicato⁷³.

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 giudicata⁷⁴.

1.3 Francia

Nell'ordinamento francese producono effetti di giudicato solo le decisioni giudiziali rese all'esito di un procedimento contenzioso («*jugement contentieux*»)⁷⁵.

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 decisione⁷⁶.

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

⁷² A. ZEUNER – H. KOCH, “Effects of Judgments”, op. cit. nota 2, pp. 20.

⁷³ *Ibidem*, p. 21.

⁷⁴ §705 del codice di procedura civile tedesco (*Zivilprozessordnung* – “ZPO”).

⁷⁵ 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, para. 28.

⁷⁶ *Ibidem*, para. 18 e 54 ss..

(«*jugement sur le fond*»); sempre, come ovvio, con riferimento a quanto effettivamente deciso dal giudice⁷⁷.

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 giudicato⁷⁸.

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 «*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 procedimenti⁷⁹, la stessa diventerà esecutiva – e, cioè, acquisirà «*force de chose jugée*» – solo nel momento in cui non sarà più soggetta a mezzi ordinari e straordinari di impugnazione⁸⁰.

1.4 Svizzera

Anche in Svizzera sono idonei a costituire «cosa giudicata» solo gli atti aventi forma e contenuto di sentenza.

In linea generale, solo le decisioni che definiscono questioni «di merito» producono effetti di giudicato nei successivi procedimenti. Si ritiene, tuttavia, che anche le «*décisions processuelles*», di cui all'art. 59 del codice di procedura civile svizzero (“c.p.c. svizzero”), con le quali la corte rigetti la domanda per carenza dei presupposti processuali, siano idonee a produrre effetti di giudicato, quantomeno

⁷⁷ Art. 480 *Nouveau Code de Procédure Civil*; M. DOUCHY-LOUDOT, “Autorité de la chose jugée au civil sur le civil”, op. cit. nota 75, para. 55 ss..

⁷⁸ Art. 482 c.p.c. francese.

⁷⁹ Art. 480 c.p.c. francese.

⁸⁰ M. DOUCHY-LOUDOT, “Autorité de la chose jugée au civil sur le civil”, op. cit. nota 75, para. 66-67; S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, op. cit. nota 4, p. 40.

con riferimento a ciò che sia stato specificamente deciso dal giudice⁸¹. Al contrario, le decisioni che interessino aspetti meramente procedurali («*décisions procédurales*») non sono idonee a costituire *regiudicata*⁸².

La decisione deve, poi, essere definitiva; nonostante qualche incertezza della dottrina, infatti, si ritiene che i provvedimenti cautelari non siano idonei a produrre effetti di *giudicato*⁸³.

Peraltro, similmente a quanto avviene in Italia e Germania, la sentenza acquista efficacia di *giudicato* solo una volta che siano trascorsi i termini per proporre i mezzi ordinari di impugnazione. Sebbene anche il diritto svizzero distingue 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*⁸⁴.

1.5 Inghilterra

In Inghilterra è riconosciuta efficacia di *giudicato* a ogni provvedimento che abbia le caratteristiche di una «decisione giudiziale», indipendentemente dal *nomen iuris* che gli è attribuito. In particolare, si ritiene che siano produttivi di

⁸¹ Tribunale Federale svizzero, Sentenza 4A_347/2014, para. 4.3.2.2.; F. BOHNET – J. HALDY – N. JEANDIN – P. SCHWEIZER – D. TAPPY, *Code de procédure civile commenté*, Helbing Lichtenhahn, 2011, p. 179.

⁸² S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, op. cit. nota 4, p. 54.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Art. 315 c.p.c. svizzero; Tribunale Federale svizzero, Sentenza 5A_838/2017, para. 3.1; Tribunale Federale svizzero, Sentenza 5A_537/2007, para. 2; S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, op. cit. nota 4, p. 54.

effetti di giudicato anche i c.d. «*consent judgments*»⁸⁵ nonché le decisioni rese in contumacia⁸⁶.

La sentenza, inoltre, deve determinare in modo definitivo la materia del contendere. Le sentenze non definitive («*interlocutory decisions*») non costituiscono, infatti, «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 procedimenti⁸⁷.

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 giudicato⁸⁸.

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

⁸⁵ 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.

⁸⁶ *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*, op. cit. nota 15, p. 19; N. ANDREWS, *English Civil Procedure*, op. cit. nota 19, para. 40.23.

⁸⁷ P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, op. cit. nota 3, p. 17; A. ZEUNER – H. KOCH, “Effects of Judgments”, op. cit. nota 2, 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 conclude il procedimento, con riferimento alla sola questione pregiudiziale decisa, il provvedimento può considerarsi definitivo.

⁸⁸ P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, op. cit. nota 3, p. 18; A. ZEUNER – H. KOCH, “Effects of Judgments”, op. cit. nota 2, 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.

sentenza, la nuova decisione si sostituirà al provvedimento reso dal giudice di prime cure⁸⁹.

1.6 Stati Uniti

Come detto, l'ordinamento statunitense non presenta una disciplina federale in materia di *res judicata*. La teoria in esame, tuttavia, è trattata nel *Restatement (Second) of Judgments*, redatto dall'*American Law Institute*, che, sebbene giuridicamente non vincolante, è generalmente considerato quale «fonte autorevole» del diritto nella giurisprudenza della Corte Suprema.

A mente del *Restatement (Second) Judgments*, 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 competente per territorio⁹⁰ e per materia⁹¹, 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.

In secondo luogo, la decisione deve essere definitiva. In particolare, secondo il *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*»⁹². 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.

⁸⁹ P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, op. cit. nota 3, p. 17, spec. nota 55.

⁹⁰ AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law (Second) of Judgments*, EDITORE, ANNO, Sezione 4-10.

⁹¹ *Ibidem*, Sezione 11-12.

⁹² *Ibidem*, Sezione 13. *Cfr. 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».

Non vi è, invece, accordo nei diversi Stati circa la possibilità di attribuire effetti di *res judicata* alla sentenza ancora passibile di impugnazione⁹³.

1.7. 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 giudiziari che svolgano una funzione decisoria. Al contrario, i provvedimenti meramente ordinatori del processo 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 da cui iniziano a prodursi gli effetti di giudicato varia a seconda delle scelte di diritto positivo assunte dal legislatore in ogni singolo ordinamento nazionale⁹⁴.

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 teoria della *res judicata*, non potrebbe essere altrimenti⁹⁵.

⁹³ R.L. MARCUS – M.H. REDISH – E.F. SHERMAN, *Civil Procedure – A Modern Approach*, op. cit. nota 2, pp. 1094-1095.

⁹⁴ *Cfr. supra* p. 8.

⁹⁵ Se lo scopo principale della decisione 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, infatti, potrebbero sottrarsi alla forza vincolante del provvedimento giudiziale, contestando la correttezza dello stesso e, quindi, mettendo nuovamente in discussione la medesima situazione giuridica oggetto di controversia. *Cfr.* A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, op. cit. nota 42, p. 468.

2. I LIMITI OGGETTIVI DEL GIUDICATO

Si è visto come, in linea teorica, alla nozione di «*res judicata*» possono essere ricondotti una pluralità di effetti giuridici, spesso anche molto diversi tra di loro⁹⁶. In particolare, nel primo capitolo è stato ipotizzato come da un diverso bilanciamento tra gli interessi che vengono in rilievo con riferimento al fenomeno in esame possa derivare una differente regolamentazione dei limiti oggettivi del giudicato⁹⁷. Cionondimeno, un'analisi che si limitasse all'esposizione sistematica dei diversi approcci nazionali in tema di giudicato permetterebbe unicamente di prendere atto della generale mancanza di uniformità tra le discipline accolte nei diversi ordinamenti giuridici⁹⁸; 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 dell'analisi l'individuazione e la categorizzazione dei potenziali effetti riconducibili alla teoria della *res judicata*.

Come si è visto nel primo capitolo, 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 sino a ricomprendere tutti i diritti comunque riferibili alla controversia.

Per gli scopi della nostra trattazione, sembra utile classificare gli svariati (possibili) effetti della *res judicata* in tre distinte categorie che, secondo

⁹⁶ 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.

⁹⁷ Cfr. *supra* p. 22.

⁹⁸ 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*, op. cit. nota 4, p. 60; K. HOBÉR, "Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration", op. cit. nota 19, p. 190.

l'immagine suggerita da attenta dottrina, possono essere rappresentate con altrettanti cerchi concentrici⁹⁹.

Nel 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, quindi, è intervenuta la decisione del giudice. Nel secondo cerchio, 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 merito 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 con riferimento ai diritti soggettivi che, sebbene non abbiano formato oggetto di domanda (e, quindi, di giudizio), risultano comunque connessi alla controversia.

Come vedremo, benché anche con riferimento alle preclusioni che si collocano nel primo cerchio concentrico non sia possibile riscontrare una reale uniformità di disciplina tra i diversi ordinamenti nazionali, più ci si allontana dal centro e più si acuiscono le differenze di approccio tra le discipline considerate.

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

Come si è visto nel primo capitolo, 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 (ri)proposizione di domande che abbiano a oggetto la medesima pretesa giuridica azionata in un precedente contenzioso.

Seppur con le differenti sfumature di cui si darà conto nel presente paragrafo, tale effetto rappresenta il comune denominatore tra le diverse discipline nazionali

⁹⁹ La prospettiva che intendiamo adottare s'ispira alla metodologia d'indagine proposta da 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", op. cit. nota 5, pp. 9-10.

in materia di limiti oggettivi del giudicato¹⁰⁰. 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. Cionondimeno, con riguardo alla specifica disciplina dei limiti oggettivi del giudicato, gli ordinamenti presi in considerazione presentano regole parzialmente difformi. Come si vedrà, 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*».

2.1.1. *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 giudice¹⁰¹. Il precetto contenuto nel provvedimento giudiziale rappresenta, infatti, la dichiarazione della volontà della legge nel caso concreto¹⁰² 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,

¹⁰⁰ Cfr. K.M. CLERMONT, “Res Judicata as a Requisite for Justice”, op. cit. nota 22, 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».

¹⁰¹ S. MENCHINI, voce “Regiudicata civile”, op. cit. nota 3, pp. 414-415.

¹⁰² G. CHIOVENDA, “Sulla cosa giudicata”, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. II, Giuffrè, 1993, p. 400; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, op. cit. nota 42, p. 434; G. VERDE, *Diritto Processuale Civile*, Vol. 1, Zanichelli, 2017⁵, p. 246; S. MENCHINI – A. MOTTO, “Art. 2909 – Cosa giudicata”, op. cit. nota 10, p. 37.

ancorché essi siano emersi solo successivamente alla conclusione del primo procedimento¹⁰³.

Nei fatti, le parti contribuiscono in modo sostanziale alla determinazione dei confini entro cui si produrranno 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 giudiziale¹⁰⁴. Negli ordinamenti continentali l'oggetto del giudizio corrisponde, infatti, all'oggetto della domanda proposta dall'attore (ed eventualmente delle domande riconvenzionali proposte dal convenuto)¹⁰⁵. Da ciò deriva che l'autorità del giudicato opera normalmente entro i limiti oggettivi che si ricavano dagli elementi costitutivi dell'azione, ovverosia 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 dal combinato disposto di diverse disposizioni. Anzitutto, l'art. 24 della Costituzione 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. dispone, poi, 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 dei dati normativi appena menzionati la dottrina desume che «sussiste piena corrispondenza tra oggetto della domanda, del

¹⁰³ 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*, *cf. infra*.

¹⁰⁴ C. CHAINAIS, "L'autorité de la chose jugée en procédure civile: perspectives de droit compare", op. cit. nota 5, p. 11.

¹⁰⁵ 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 e dall'art. 58 c.p.c. svizzero e dalla §308 ZPO.

processo e della pronuncia»¹⁰⁶. L'oggetto della domanda è, poi, pacificamente individuato con riferimento ai suoi elementi costitutivi e, cioè, *petitum* e *causa petendi*¹⁰⁷.

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 parti¹⁰⁸, di modo che gli effetti preclusivi del giudicato si producono unicamente con riferimento alla situazione soggettiva che ha formato oggetto di cognizione nel processo (*streitgegenstand*)¹⁰⁹. 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 giudiziali¹¹⁰.

Ancor più esplicito è il legislatore francese, il quale prevede *expressis verbis* come l'autorità della regiudicata possa coprire unicamente quanto abbia formato oggetto di giudizio. Per l'individuazione dei limiti del giudicato, l'art. 1355, comma 2 del *Code civil* prevede espressamente il requisito della c.d. «*triple identité*» di parti, oggetto e causa della domanda¹¹¹. L'assenza di anche uno solo di questi elementi impedisce che si producano gli effetti preclusivi della regiudicata¹¹².

¹⁰⁶ S. MENCHINI, voce "Regiudicata civile", op. cit. nota 3, p. 429.

¹⁰⁷ A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, op. cit. nota 42, p. 128; Corte di Cassazione, sez. II, n. 2300 del 5 febbraio 2016; Corte di Cassazione, sez. I, n. 1760 del 27 gennaio 2006; Corte di Cassazione, sez. II, n. 12564 del 27 agosto 2002; Corte di Cassazione, Sezione I, n. 3165 del 29 settembre 1954, in *Giurisprudenza Italiana*, 1955, I, p. 756.

¹⁰⁸ La §322 ZPO prevede, infatti, che: «Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist».

¹⁰⁹ A. ZEUNER – H. KOCH, "Effects of Judgments", op. cit. nota 2, p. 24.

¹¹⁰ K. HOBÉR, "Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration", op. cit. nota 19, p. 131.

¹¹¹ L'art. 1355 c.c. francese 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 *cf. infra* p. 53.

¹¹² M. DOUCHY-LOUDOT, "Autorité de la chose jugée au civil sur le civil", op. cit. nota 75, para. 127.

Nell'ordinamento federale svizzero, l'art. 59, comma 2, lett. e) del codice di procedura civile – nelle versioni francese e tedesca¹¹³ – 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*¹¹⁴.

Anche nei sistemi giuridici di *common law* il giudicato produce effetti preclusivi con riguardo alla situazione soggettiva oggetto della controversia. In particolare, in tali ordinamenti il principio del «*ne bis in idem*» si traduce nella teoria della «*cause of action estoppel*» (negli Stati Uniti «*claim preclusion*»). Come suggerito dal nome, tale forma di estoppel impedisce la riproposizione di azioni che siano fondate sulla medesima *causa petendi* già decisa in un precedente contenzioso¹¹⁵. Sebbene le corti di *common law* applichino la teoria della *res judicata* fin da tempi antichi¹¹⁶, 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

¹¹³ Più laconicamente, la versione italiana prevede quale presupposto processuale l'assenza di *regiudicata*.

¹¹⁴ Tribunale Federale svizzero, Sentenza 8C_79/2013, para. 2.1; Tribunale Federale svizzero, Sentenza 4C_314/2004 del 17 novembre 2004, para. 1.3; Tribunale Federale svizzero, Sentenza 4C_430/1999 del 27 marzo 2000, para. 1, lett. a).

¹¹⁵ 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 A.C. 93, spec. 98, HL.

¹¹⁶ *Cfr. Ferrer v Arden*, (1598) 77 E.R. 263, 266, KB.

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»¹¹⁷.

Peraltro, la giurisprudenza successiva ha avuto modo di precisare come – affinché possa operare la *cause of action estoppel* – non sia sufficiente una semplice identità di *causæ petendi* tra la prima e la seconda domanda, ma risulti altresì necessario verificare l'identità delle parti e dell'oggetto («*subject matter*») del processo¹¹⁸.

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 soggettiva¹¹⁹. 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*») ¹²⁰.

¹¹⁷ *Thoday v Thoday* [1964] P. 181, spec. 197, CA.

¹¹⁸ *Cfr. Arnold v National Westminster Bank Plc.* [1991] 2 A.C. 93, spec. 104, HL.

¹¹⁹ §17(1), *Restatement (Second) of Judgments*: «[I]f 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». *Cfr.* anche §§18 e 21 *Restatement (Second) of Judgments*.

¹²⁰ §17(2), *Restatement (Second) of Judgments*: «[I]f the judgment is in favor of the defendant, the claim is extinguished and the judgment bars a subsequent action on that claim».

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.

2.1.2. 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. Ciò dipende anzitutto da una differente caratterizzazione degli elementi essenziali della domanda giudiziale.

Se la qualificazione del *petitum* non suscita particolari problematiche¹²¹, la definizione della *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 circa 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 con riferimento all'intera situazione soggettiva che emerge dagli elementi fattuali dedotti in giudizio dalle parti¹²².

In particolare, nell'ordinamento italiano la *causa petendi* è generalmente identificata nel fatto costitutivo posto a fondamento della domanda giudiziale. Peraltro, secondo l'opinione concorde della dottrina e della giurisprudenza, la

¹²¹ 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*» – ovvero il bene della vita che la parte desidera conseguire all'esito del processo. Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Ed. Jovene, 1950. È, peraltro, pacifico che la decisione giudiziale precluda anche la proposizione di domande che presentino un *petitum* esattamente contrario alla precedente statuizione. Cfr. *ex multis* S. MENCHINI, voce “Regiudicata civile”, op. cit. nota 3, pp. 414-415.

¹²² C. CHAINAIS, “L'autorité de la chose jugée en procédure civile: perspectives de droit compare”, op. cit. nota 5, p. 18.

mera variazione del *nomen iuris* della pretesa giuridica azionata dalle parti non comporta il mutamento della domanda¹²³.

Tale definizione, tuttavia, non risolve tutti i dubbi in merito all'individuazione della nozione di *causa petendi*. Sulla scorta di un vivace dibattito di origine germanica, infatti, la dottrina processualcivilista italiana ha individuato diversi modi di interpretare la nozione di «fatto costitutivo»¹²⁴. 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 giudiziale¹²⁵.

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

¹²³ A. MOTTO, “Concorso di fattispecie, *ne bis in idem* e ordine di esame delle questioni di rito”, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2012, pp. 340 ss.. Nello stesso senso, in giurisprudenza, *cfr. ex multis* Corte di Cassazione, sez. II, n. 11289 del 10 maggio 2018; Corte di Cassazione, sez. lav., n. 12943 del 24 luglio 2012; Corte di Cassazione, sez. III, n. 9325 del 20 aprile 2010; Corte di Cassazione, sez. III, n. 4804 del 6 marzo 2006.

¹²⁴ F. CARBONARA, “Questioni di merito e di idoneità al giudicato”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2003, pp. 671, spec. nota 567.

¹²⁵ *Cfr. ex multis* E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, CEDAM, 1937, spec. pp. 146 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, op. cit. nota 45, pp. 197 ss.; G.F. RICCI, “«Individuazione» o «sostanziazione» nella riforma del processo civile”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1995, pp. 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, Giappichelli, 2017, p. 180.

del giudice alle sole conseguenze giuridiche che le parti hanno inteso trarre dall'insieme dei fatti allegati¹²⁶.

Il non sopito dibattito in merito all'identificazione della nozione di *causa petendi* ha occupato anche la dottrina francese¹²⁷ e tedesca¹²⁸.

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 fondamento 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

¹²⁶ Cfr. *ex multis* Corte di Cassazione, sez. lav., n. 16688 del 25 giugno 2018; Corte di Cassazione, sez. II, n. 25918 del 9 dicembre 2014; Corte di Cassazione, sez. II, n. 4598 del 2 marzo 2006.

¹²⁷ In particolare, a fronte del silenzio del legislatore, nella letteratura giuridica d'oltralpe sono emersi 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 rilevarebbe la qualificazione giuridica proposta dalle parti. Cfr. H. MOTULSKY, "La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge", in *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, ristampato nel 2010, p. 101. A mente di un diverso orientamento, poi, la causa dovrebbe indentificarsi nell'insieme dei fatti giuridicamente qualificati dalle parti. Cfr. H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Dalloz, 1956 (ristampa del 2011), p. 250 ; J. MIGUET, "Immutabilité et évolution du litige", in *La Semaine Juridique – Edition Générale*, 1977, n. 43. Infine, la dottrina più autorevole ha suggerito una distinzione tra la nozione di causa rilevante ai fini della delimitazione dei poteri e doveri del giudice in corso di causa («*l'office du juge*») e la nozione di causa rilevante ai fini della delimitazione degli effetti oggettivi del giudicato. Se la prima s'identifica nell'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 processo. 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*, Dalloz, 1973, ristampato nel 2010, p. 201; M. DOUCHY- OUDOT, "Autorité de la chose jugée au civil sur le civil", op. cit. nota 75, para. 168.

¹²⁸ 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 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", op. cit. nota 2, p. 25.

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 giudizio¹²⁹.

Nei sistemi di *common law* l'individuazione della *causa petendi* sembra sollevare meno problematiche; la nozione è, infatti, interpretata in modo decisamente più ampio¹³⁰.

Nell'ordinamento inglese si ritiene che la *cause of action* coincida con le circostanze di fatto poste a fondamento dell'azione¹³¹. 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, di per sé indipendenti dalla specifica qualificazione giuridica dei diritti azionati dalle parti¹³².

¹²⁹ G.F. RICCI, ««Individuazione» o «sostanziazione» nella riforma del processo civile», op. cit. nota 125, spec. pp. 1134-1135. Ovviamente nel caso in cui 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.

¹³⁰ Nonostante la dottrina più risalente non si sia dimostrata 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 Law Review*, 1923, pp. 459 ss..

¹³¹ 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.

¹³² N. ANDREWS, *English Civil Procedure*, op. cit. nota 19, para. 40.12; G. SPENCER BOWER – A.K. TURNER – K.R. HANDLEY, *The Doctrine of Res Judicata*, op. cit. nota 15; A. ZEUNER – H. KOCH, “Effects of Judgments”, op. cit. nota 2, pp. 34-35.

Nell'ordinamento federale statunitense, invece, la nozione di *causa petendi* 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 sulla medesima transazione e se, quindi, condivide con il precedente contenzioso lo stesso nucleo di elementi fattuali¹³³. 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 parti¹³⁴.

In definitiva, sebbene si possa rilevare una certa convergenza verso una concezione «fattuale» della *causa petendi*, le interpretazioni della nozione in esame appaiono tutt'ora significativamente discordanti.

¹³³ *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).

¹³⁴ A. ZEUNER – H. KOCH, “Effects of Judgments”, op. cit. nota 2, p. 34.

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

Come si è visto nel precedente sottoparagrafo, sebbene tutti gli ordinamenti giuridici presi in esame attribuiscono 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. Le discordi interpretazioni della nozione di *causa petendi* rispecchiano, infatti, 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*¹³⁵.

Dalla considerazione dei sistemi processuali oggetto della nostra indagine, sembra possibile individuare due distinti modelli.

Da un lato, i sistemi di *civil law* appaiono maggiormente propensi ad assicurare una più pervasiva tutela 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 producano unicamente con riferimento a ciò che abbia formato oggetto di discussione nel corso del processo o, detto altrimenti, che sia 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 guisa che gli effetti del giudicato si producano non solo con riguardo a quanto ha formato oggetto di cognizione nel corso del processo, ma altresì nei confronti di tutte le pretese

¹³⁵ Cfr. K.M. CLERMONT, “Res Judicata as a Requisite for Justice”, op. cit. nota 22, 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».

giuridiche che le parti avrebbero potuto avanzare con riferimento alle medesime circostanze fattuali.

Nello specifico, nell'ordinamento italiano, così come in quello tedesco¹³⁶, 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, invero, dallo specifico fatto costitutivo allegato. Come detto, la dottrina italiana e tedesca hanno dimostrato qualche incertezza con riferimento alla definizione della nozione di «fatto costitutivo»¹³⁷. Nondimeno, la giurisprudenza è concorde nell'affermare come nell'ambito di tale nozione debbano ricomprendersi tutte le possibili ragioni della sua affermazione o contestazione¹³⁸, con l'unica eccezione di quelle che dipendano da eventi non deducibili in corso di causa, poiché verificatisi successivamente all'ultimo momento utile per la loro allegazione¹³⁹. 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 giuridica azionata in giudizio¹⁴⁰. Di conseguenza, il giudicato rende

¹³⁶ 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*”, *op. cit.* nota 19, p. 133.

¹³⁷ *Cfr. supra* nota 125.

¹³⁸ 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, n. 3702 del 15 febbraio 2018.

¹³⁹ *Cfr. supra* nota 140.

¹⁴⁰ Corte di Cassazione, sez. un., n. 10178 del 19 ottobre 1990, 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

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»¹⁴¹.

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 costituisca una limitazione del diritto al contraddittorio.

In effetti, una volta intervenuta la decisione, alle parti sarà preclusa la proposizione 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, nell'individuazione delle norme giuridiche applicabili l'autorità giudiziaria non è in alcun modo vincolata alle deduzioni delle parti; anzi,

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., n. 25745 del 30 ottobre 2017; Corte di Cassazione sez. II, n. 22316 del 30 settembre 2013; Corte di Cassazione, sez. lav., n. 15093 del 26 giugno 2009; Corte di Cassazione, sez. lav., n. 10279 dell'1 dicembre 1994; Corte di Cassazione, sez. un., n. 1892 del 21 aprile 1989; Corte di Cassazione, sez. III, n. 3265 dell'8 giugno 1979, in *Giust. civ.*, 1979, p. 1622; Corte di Cassazione, sez. III, n. 2969 del 22 maggio 1979, 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).

¹⁴¹ S. MENCHINI, voce "Regiudicata civile", op. cit. nota 3, p. 444.

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 lite¹⁴². In questi casi, a tutela del diritto al contraddittorio, alle parti sarà assegnato un termine per proporre le rispettive osservazioni¹⁴³.

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 alla tutela del diritto di difesa e al rispetto del contraddittorio. In linea di principio, infatti, l'estensione del giudicato coincide con quanto sia stato effettivamente oggetto del processo; laddove risulti 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 mutamento dell'orientamento giurisprudenziale¹⁴⁴, l'ordinamento francese accoglieva una nozione di *cause* particolarmente restrittiva¹⁴⁵. Per effetto di tale interpretazione, 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 giudiziaria¹⁴⁶. 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

¹⁴² Art. 113 c.p.c. italiano; §139 ZPO. *Cfr. ex multis* Corte di Cassazione, sez. VI, n. 8645 del 9 aprile 2018; Corte di Cassazione, sez. I., n. 15190 del 20 giugno 2017; Corte di Cassazione, sez. trib., n. 11629 del 11 maggio 2017; Corte di Cassazione, sez. un., n. 12868 del 16 giugno 2005; Corte di Cassazione, sez. I., n. 10009 del 24 giugno 2003; *Bundesgerichtshof*, V ZB 181/12 del 10 ottobre 2013 (BGH NJW-RR 2014, 63).

¹⁴³ Art. 101, co. 2 c.p.c. italiano.

¹⁴⁴ *Cour de Cassation*, Assemblée plénière, n. 04-10.672 del 7 luglio 2006.

¹⁴⁵ *Cfr. supra* nota 127.

¹⁴⁶ *Cour de Cassation*, Assemblée plénière, n. 92-12.157 del 4 giugno 1994. *Cfr. anche* H. MOTULSKY, "Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile", op. cit. nota 127, p. 201.

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; nondimeno, una simile impostazione comportava un evidente sacrificio, però, delle esigenze di economia processuale.

Nel 2006, tuttavia, un *revirement* della *Cour de Cassation* ha ridefinito e ampliato il concetto di *cause*, assestandosi su un'interpretazione puramente fattuale della nozione in parola¹⁴⁷. 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 a quanto previsto dai 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 considerati 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 civile¹⁴⁸. 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 domande¹⁴⁹.

¹⁴⁷ *Cour de Cassation*, assemblée plénière, n. 04-10.672 del 7 luglio 2006.

¹⁴⁸ C. CHAINAIS, "L'autorité de la chose jugée en procédure civile: perspectives de droit compare", op. cit. nota 5, pp. 29-30.

¹⁴⁹ *Cour de Cassation*, assemblée plénière, n. 06-11.343 del 21 dicembre 2007. Più nello specifico, il giudice è tenuto a riqualificare, secondo diritto, i fatti allegati dalle parti, ma non è, invece, suo dovere

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 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 contraddittorio¹⁵⁰. È stato, anche, auspicato un intervento del legislatore, volto quantomeno a chiarire l'effettiva estensione oggettiva del giudicato con riferimento a quanto non sia stato oggetto di discussione e di decisione in occasione del primo processo¹⁵¹.

Ad 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 e l'ordinamento federale statunitense accolgono 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

riqualificare la domanda, prendendo in esame motivi di diritto non dedotti in giudizio. *Cfr.* anche *Cour de Cassation*, 1^{re} chambre, n. 12-11.767 del 19 giugno 2013; *Cour de Cassation*, 3^e chambre, n. 11-27.799 del 25 giugno 2013. In senso contrario si era espressa la dottrina, *cf.* H. MOTULSKY, “La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge”, *op. cit.* nota 127, pp. 105 ss..

¹⁵⁰ 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*, Dalloz, 2009, pp. 379 ss., spec. pp. 389-390; P. BLONDEL, “La charge de la concentration et le respect d'un principe de complétude”, in *La Semaine Juridique – Edition Générale*, n. 15, 2012.

¹⁵¹ C. CHAINAIS, “L'autorité de la chose jugée en procédure civile: perspectives de droit compare”, *op. cit.* nota 5, p. 31.

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, è un dato comune a tutti gli ordinamenti considerati che le preclusioni del giudicato non si limitino al dedotto, ma si estendano 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 parti¹⁵². Di conseguenza, è ben possibile che gli effetti di giudicato si estendano a motivi di diritto che, nei fatti, non siano mai 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 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 ommesso 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

¹⁵² In realtà 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.H. ANDREWS, "The Passive Court and Legal Argument", in *Civil Justice Quarterly*, 1988, pp. 125 ss.; L.L. FULLER, "The Forms and Limits of Adjudication", in *Harvard Law Review*, 1978, pp. 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.

messa in discussione per effetto di un semplice mutamento della qualificazione giuridica delle pretese di controparte¹⁵³.

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, tali sistemi dimostrano un atteggiamento meno rigoroso nei confronti della tutela del contraddittorio.

È, quindi, opportuno rilevare 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 – si presentano soluzioni parzialmente difformi, determinate da un diverso bilanciamento tra le contrapposte esigenze che vengono in rilievo con riferimento alla teoria della *res judicata*.

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

Come si è visto nel primo capitolo, in linea teorica gli effetti del giudicato potrebbero estendersi anche all'accertamento delle questioni di fatto e di diritto che rappresentano il presupposto logico-giuridico per la decisione della situazione soggettiva dedotta in giudizio¹⁵⁴.

Nella sistematizzazione che abbiamo proposto, tali effetti si collocano idealmente nel secondo cerchio concentrico. Se, con riferimento alle preclusioni ricomprese nel primo cerchio, le differenze di approccio tra i diversi ordinamenti presi in considerazione potevano definirsi – con un certo grado di approssimazione – semplici sfumature, le discipline nazionali in materia 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 ben più marcate.

¹⁵³ Cfr. A. ZEUNER – H. KOCH, “Effects of Judgments”, op. cit. nota 2, p. 43.

¹⁵⁴ Cfr. *supra* p. 15 ss.

In simili circostanze, la *res judicata* sarebbe 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 sia chiamato a 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 approcciano 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 pregiudiziali¹⁵⁵. Nei sistemi di tradizione anglosassone, invece, si è soliti parlare più in generale di *issue estoppel* o di *issue preclusion*.

2.2.1. 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 come negli ordinamenti di tradizione continentale non tutte le parti della sentenza assumano valore di cosa giudicata. In

¹⁵⁵ 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 complesso. A titolo di esempio, si ha pregiudizialità logica tra la pretesa (azionata in giudizio) al pagamento del prezzo della compravendita e il sottostante contratto in essere tra le parti. Cfr. S. MENCHINI, voce "Regiudicata civile", op. cit. nota 3, pp. 434 ss.; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, op. cit. nota 42, p. 455.

particolare, se in linea teorica le statuizioni contenute del dispositivo sono di per sé idonee a produrre effetti vincolanti per le parti, appare, invece, più incerta la rilevanza di quanto riportato nella parte motiva della sentenza.

Nell'ambito dell'ordinamento italiano la più autorevole e risalente dottrina insegna come si debba riconoscere efficacia di giudicato al solo dispositivo, poiché soltanto quest'ultimo rappresenta «l'accertamento della volontà di legge, [ottenuto il quale] l'ordinamento giuridico spezza e dimentica l'apparato logico che servì a raggiungerlo»¹⁵⁶. 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 per lo più necessario risalire ai motivi, per poter identificare l'azione colla ricerca della *causa petendi*»¹⁵⁷. Secondo tale chiave di lettura, la parte motiva della decisione, più che essere vincolante in se stessa, svolgerebbe una funzione ancillare: essa, infatti, assumerebbe rilievo ai fini della *res judicata* solo nella misura in cui permetta di identificare la causa del primo processo e, quindi, di delimitare l'oggetto del giudicato¹⁵⁸.

Peraltro, la giurisprudenza più recente sembra assumere un atteggiamento più flessibile nei confronti del giudicato sulle motivazioni. In particolare, come si vedrà, la Corte di Cassazione italiana ammette come anche la soluzione delle questioni che costituiscono il presupposto logico della pronuncia possa assumere efficacia vincolante, ancorché queste ultime non siano state oggetto di specifica 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 giudicato¹⁵⁹.

¹⁵⁶ G. CHIOVENDA, «Sulla cosa giudicata», op. cit. nota 102, p. 406.

¹⁵⁷ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, op. cit. nota 121, p. 362.

¹⁵⁸ 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 identificazione dell'oggetto del giudizio. Cfr. E.T. LIEBMAN, voce «Giudicato», in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XVI, Treccani, 1989, pp. 1 ss., spec. p. 13.

¹⁵⁹ Corte di Cassazione, sez. I, n. 9335 del 14 luglio 2000: «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,

L'ordinamento tedesco mantiene, invece, un atteggiamento più restrittivo: può passare in giudicato solo quanto è 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 dispositivo¹⁶⁰.

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, assume rilievo al solo scopo di delimitare i confini della decisione contenuta nel dispositivo¹⁶¹.

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 attribuita efficacia vincolante nei successivi procedimenti¹⁶².

L'individuazione delle parti della sentenza cui è riconosciuta 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 risolte nella parte motiva della sentenza; di conseguenza, tali accertamenti risulteranno idonei a produrre effetti di

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, n. 5092 del 19 aprile 2000.

¹⁶⁰ *Bundesgerichtshof*, I ZR 269/00 del 26 giugno 2003 (BGH NJW 2003, 3058).

¹⁶¹ F. BOHNET – J. HALDY – N. JEANDIN – P. SCHWEIZER – D. TAPPY, *Code de procédure civile commenté*, op. cit. nota 81, p. 181; Tribunale Federale svizzero, 4C.82/2006, del 27 giugno 2006, para. 3.3; Tribunale Federale svizzero, ATF 121 III 474 del 3 novembre 1995, para. 4.

¹⁶² Anche se 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- OUDOT, "Autorité de la chose jugée au civil sur le civil", op. cit. nota 75, para. 100 ss.; tale atteggiamento «sostanziale» appare in realtà contraddetto dalla giurisprudenza della *Cour de Cassation*, *cfr.* *Cour de Cassation*, Assemblée plénière, n. 08-16.033 del 13 marzo 2009.

giudicato solo entro il limite in cui sia possibile riconoscere efficacia vincolante (anche) a ciò che non è scritto nel dispositivo.

Nell'ordinamento italiano, per espressa previsione di legge¹⁶³, la cognizione delle questioni di pregiudizialità tecnica¹⁶⁴ riveste valore di accertamento meramente incidentale e non può, pertanto, considerarsi vincolante in un successivo procedimento. Infatti, sebbene 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 senso¹⁶⁵.

Nelle ipotesi di pregiudizialità logica, invece, la giurisprudenza maggioritaria e parte della dottrina propendono per la soluzione opposta¹⁶⁶. 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»¹⁶⁷. A titolo di esempio – per rendere il discorso più tangibile – se in un primo giudizio una parte ha preteso e ottenuto il pagamento del canone dovuto in ragione di un contratto di locazione, nei successivi procedimenti controparte non potrà più mettere in discussione l'esistenza o la validità di detto contratto¹⁶⁸.

¹⁶³ Art. 34 c.p.c. italiano.

¹⁶⁴ Cfr. *supra* nota 155.

¹⁶⁵ Cfr. S. MENCHINI, voce “Regiudicata civile”, op. cit. nota 3, p. 434.

¹⁶⁶ Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, n. 3909 del 17 febbraio 2011; Corte di Cassazione, sez. II, n. 5964 del 25 marzo 2004; Corte di Cassazione, sez. lav., n. 15993 del 18 dicembre 2001; Corte di Cassazione, sez. II, n. 11930 del 11 settembre 2000; Corte di Cassazione, sez. I, n. 5092 del 19 aprile 2000; Corte di Cassazione, sez. lav., n. 5092 del 23 novembre 1998; Corte di Cassazione, sez. lav., n. 5968 del 27 maggio 1995; S. MENCHINI, “Disorientamenti giurisprudenziali in tema di limiti oggettivi del giudicato in ordine a giudizi concernenti ratei di obbligazione periodica”, in *Giurisprudenza Italiana*, 1991, 2, pp. 1118 ss.. Per le posizioni contrarie espresse dalla dottrina maggioritaria, cfr. *ex multis* G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, op. cit. nota 121, p. 1153.

¹⁶⁷ S. MENCHINI, voce “Regiudicata civile”, op. cit. nota 3, p. 436.

¹⁶⁸ Si deve, peraltro, notare come nelle ipotesi di pregiudizialità logica assume valore deciso la circostanza che la prima decisione accolga o rigetti la domanda giudiziale. Nell'esempio, se il primo giudice rigetta la domanda di condanna al pagamento del canone di locazione, nulla dice circa l'esistenza e la validità del contratto sottostante.

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 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 e l'ordinamento svizzero accolgono soluzioni decisamente più restrittive. In Germania, 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 incidentale¹⁶⁹. 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 dispositivo¹⁷⁰.

Nonostante qualche incertezza, anche 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

¹⁶⁹ Cfr. K. HOBÉR, "Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration", op. cit. nota 19, p. 133.

¹⁷⁰ Tribunale Federale svizzero, ATF 121 III 474 del 3 novembre 1995, para. 4.

giudizio, ma non potrà spiegare efficacia di giudicato anche nei successivi procedimenti¹⁷¹.

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 sentenza¹⁷². Anche nei casi in cui si ritiene opportuno attribuire efficacia vincolante all'accertamento dei fatti e dei rapporti giuridici che rappresentino 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 una chiara propensione a tutelare in modo pervasivo il diritto al contraddittorio e alla difesa, sacrificando in parte le esigenze di economia processuale.

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

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

¹⁷¹ *Cour de Cassation*, Assemblée plénière, n. 08-16.033 del 13 marzo 2009. 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 oggi non si esclude del tutto un'efficacia vincolante delle c.d. «decisioni implicite», cfr. M. DOUCHY-OU DOT, "Autorité de la chose jugée au civil sur le civil", op. cit. nota 75, para. 116 ss..

¹⁷² L'evoluzione del diritto dell'Unione Europea sembra, tuttavia, aprire nuovi spiragli a un atteggiamento meno restrittivo nei confronti della materia oggetto di esame. In particolare, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha ritenuto 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». Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG v Samskip GmbH*, C-456/11 del 15 novembre 2012, spec. para. 40.

controversia – impedisce alle parti di rimettere in discussione la medesima questione in un successivo procedimento¹⁷³.

Come chiarito già dalla giurisprudenza più risalente, l'*issue estoppel* preclude unicamente la ritrattazione di quanto sia stato strettamente indispensabile 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»*¹⁷⁴.

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'integrazione 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 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

¹⁷³ P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, op. cit. nota 3, p. 20.

¹⁷⁴ *Blair v Curran* (1939) 62 CLR 464 HCA, spec. 531

decisione o, secondo le parole del giudice Keith, «*a necessary ingredient in a cause of action*»¹⁷⁵.

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 processo. Al contrario, la trattazione delle questioni che, per quanto teoricamente rilevanti, non abbiano formato oggetto specifico di discussione e di decisione nel primo contenzioso non deve in alcun caso ritenersi preclusa nei successivi procedimenti. Il secondo giudice sarà, quindi, chiamato a utilizzare una particolare cautela nell'esame di tutte le circostanze del caso concreto, onde appurare se la questione sottoposta alla sua cognizione sia effettivamente identica a quella già decisa dal primo giudice¹⁷⁶. 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

¹⁷⁵ *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».

¹⁷⁶ *Friend v Civil Aviation Authority* [2001] EWCA Civ 1204, spec. para. 42. Peraltro, la giurisprudenza più recente ha suggerito come 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.

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, laddove, 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 al diritto, il secondo giudice non dovrà ritenersi vincolato a quanto deciso nel primo processo¹⁷⁷. 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 prima sentenza¹⁷⁸. L'*issue estoppel*, poi, non opera in caso di sentenze rese in contumacia o basate sull'accordo delle parti.

In definitiva, nell'ordinamento inglese l'operatività dell'*issue estoppel* non è mai automatica, ma 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 l'approccio dell'ordinamento statunitense, dove le preclusioni in merito alle questioni di fatto e di diritto sono ricomprese nella nozione di *issue preclusion* (più anticamente conosciuta anche come *collateral estoppel*).

In particolare, la Sezione 27 del *Restatement (Second) of Judgments* prevede che:

¹⁷⁷ 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. para. 30 ss.; *Hines v Birkbeck College* [1992] Ch. 33, spec. 43; N. ANDREWS, *English Civil Procedure*, op. cit. nota 19, para. 40.17.

¹⁷⁸ *Phosphate Sewage Co v Molleson* (1879) 4 App. Cas. 801; N. ANDREWS, *English Civil Procedure*, op. cit. nota 19, para. 40.17.

«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 risalente¹⁷⁹, è oggi pacificamente accolto ed 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. Similmente a quanto avviene nell'ordinamento inglese, l'*issue preclusion* si differenzia sensibilmente dalla *claim preclusion*, poiché i suoi effetti preclusivi in non si estendono alle materie che non siano state oggetto di specifica 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 parti¹⁸⁰. 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 vincolerà le parti al di fuori del processo, poiché 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 ricordare come lo scopo della *issue preclusion* sia quello di evitare la formazione di giudicati non coerenti; in assenza di un accertamento in merito a una data questione di fatto o di

¹⁷⁹ *Southern Pacific Railroad v. United States*, U.S. Supreme Court, 18 S. Ct. 18, 42 L. Ed. 355 (1897).

¹⁸⁰ *In re Keaty*, U.S. Court of Appeals, Fifth Circuit, 397 F.3d 264 (2005).

diritto tale rischio è inesistente e, pertanto, non vi sarebbe ragione per impedire una successiva decisione della stessa¹⁸¹.

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 essere alquanto gravoso; questi, infatti, potrebbe essere chiamato a passare in attenta rassegna gli atti del processo, senza arrestarsi all'esame delle motivazioni della sentenza¹⁸².

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 ha costituito un passaggio necessario 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 apprezzamento¹⁸³.

¹⁸¹ *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».

¹⁸² *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).

¹⁸³ *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.

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*¹⁸⁴. Senza volerci soffermare oltremodo sul punto, per gli scopi del nostro 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 impugnazione¹⁸⁵. 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.

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

Come si può ricavare dalla trattazione precedente, l'estensione del giudicato alle questioni di fatto e di diritto decise in via pregiudiziale dal giudice nella

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.

¹⁸⁴ 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 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».

¹⁸⁵ *Cfr.* nota *supra*, sub punto (1).

soluzione della controversia solleva diverse problematiche, che sono a loro volta affrontate in modo sensibilmente difforme negli ordinamenti oggetto d'esame.

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.

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 al problema in esame 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 si pretende, quindi, 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 allegare dalle parti – senza, in fondo, alcuna pretesa di attestare la verità storica sulle circostanze di fatto e sui rapporti giuridici oggetto di esame¹⁸⁶.

Oltre a prendere atto delle innegabili differenze nella disciplina del giudicato sulle questioni – che, come visto, non si riducono alle naturali diversità tra i sistemi di *common law* e di *civil law* – appare utile soffermarsi su un punto spesso oggetto di scarsa considerazione da parte degli autori che si sono occupati del nostro tema. Negli ordinamenti di *common law* – che pur ammettono il giudicato

¹⁸⁶ S. BREKOULAKIS, “The Effect of an Arbitral Award and Third Parties in International Arbitration: *Res Judicata* Revisited”, op. cit. nota 29, p. 182

sulle questioni – 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 derivano 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 assumano 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 potrebbero incidere sul vincolo di insindacabilità cui soggiacciono le questioni decise nel primo processo.

2.3. 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 a precludere anche la trattazione delle 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 attivare 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 ai soli diritti soggettivi per i quali 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 dedotte in giudizio, ancorché oggettivamente connesse alla controversia¹⁸⁷.

Nell'ordinamento inglese, al contrario, un risalente precedente della *Court of Chancery*¹⁸⁸ 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* 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

¹⁸⁷ *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 ?*, IRJS, 2015, pp. 9 ss.

¹⁸⁸ 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.

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»¹⁸⁹.

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 è già stato oggetto di giudizio; tutt'altra cosa è, invece, impedire l'esercizio di una nuova azione, su cui non è mai intervenuta la decisione di un giudice¹⁹⁰.

Il principio che si ricava dal caso *Henderson* ha trovato ampia conferma nella giurisprudenza¹⁹¹, sebbene si siano più volte avanzati dubbi in merito alla sua riconducibilità alla nozione di *res judicata*. In effetti, esso risponde alle medesime ragioni di *policy* perseguite dalla *cause of action estoppel* e dalla *issue estoppel*; in particolare, intende assicurare la definitività delle decisioni e impedire la frustrazione delle aspettative della parte vittoriosa nel primo procedimento, che sarebbe altrimenti costretta a difendersi in nuovi procedimenti instaurati al solo scopo di ottenere una seconda *chance* di fronte a un giudice diverso. D'altro lato, parte della dottrina e della giurisprudenza ha tentato di ricondurre la regola in esame al principio dell'*abuse of process*¹⁹². Come suggerito da Andrews, la regola *Henderson* si distingue chiaramente dalla teoria della *res judicata*, per il semplice fatto che preclude (non in via eccezionale, ma come regola) la trattazione della «cosa non giudicata». Nella visione dell'autore, il principio in esame può certo

¹⁸⁹ *Henderson v Henderson* (1843) 67 E.R. 313, 3 Hare 100, spec. 115.

¹⁹⁰ *Johnson v Gore Wood* [2002] 2 AC 1, spec. 59: «to deny the opportunity of litigating 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.

¹⁹¹ 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».

¹⁹² P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, op. cit. nota 3, pp. 23-24. Nello stesso senso cfr. *Barrow v Bankside Members Agency Ltd* [1996] 1 WLR 257.

concepirsi come un'appendice della *res judicata* – dato che, come la teoria oggetto del nostro studio, ha come fine quello di garantire la definitività della decisione – ma non deve essere confusa con la *cause of action estoppel* e la *issue estoppel*¹⁹³.

Pur coscienti di come a oggi nella giurisprudenza maggioritaria inglese la regola *Henderson* sia ricondotta al principio della *res judicata*, per gli scopi del nostro lavoro ci paiono assolutamente condivisibili i rilievi mossi da Andrews e, pertanto, riteniamo più opportuno ascrivere le preclusioni relative alle domande diverse ma connesse all'oggetto della prima causa al principio dell'abuso del processo, piuttosto che a quello della *res judicata*.

2.3. 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 per il nostro studio.

Il primo dato che emerge con chiarezza è la mancanza di uniformità nella disciplina del giudicato. Tuttavia, come detto in apertura di paragrafo, una simile conclusione non sorprende affatto ed era, anzi, facilmente pronosticabile; pare invece più interessante approfondire le ragioni che giustificano una simile diversità di approccio al fenomeno della regiudicata.

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* il giudice ha il potere-dovere di individuare le norme applicabili alla

¹⁹³ N. ANDREWS, *English Civil Procedure*, op. cit. nota 19, para. 40.60.

controversia, indipendentemente dalla qualificazione giuridica della fattispecie proposta dalle parti¹⁹⁴. Di conseguenza, il rischio che gli effetti preclusivi si estendano oltre ciò che ha effettivamente formato oggetto di giudizio è nei fatti sensibilmente ridotto; la mancata considerazione di taluni motivi di diritto comporta, infatti, un'implicita valutazione circa la loro irrilevanza. Molto diversa, invece, è la soluzione degli ordinamenti di *common law*, dove il giudice non 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 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 necessariamente risolvere per poter decidere la controversia. Al contrario, gli ordinamenti di *common law* – più attenti alle esigenze di economia processuale – ammettono tale genere di preclusioni, sebbene esse siano subordinate a un esame scrupoloso delle circostanze specifiche del caso di specie da parte del giudice, 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 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

¹⁹⁴ Con l'eccezione dell'ordinamento francese, *cf. supra* pp. 58 ss..

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 espressamente 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 questo 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, 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 o perseguire 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. Sono tutte scelte legittime e con eguale dignità giuridica; semplicemente rispondono a sistemi di riferimento valoriali in parte differenti che, come detto, non possono qualificarsi come «giuste» o «sbagliate».

3. I LIMITI SOGGETTIVI DEL GIUDICATO

Fin qui si sono considerati i limiti oggettivi degli effetti preclusivi del giudicato. L'ambito di efficacia della teoria della *res judicata* conosce, tuttavia, delle limitazioni anche con riferimento alla sua dimensione soggettiva e, quindi, con riguardo ai soggetti che possono considerarsi vincolati dalla decisione giudiziale.

Si pensi al seguente esempio: Caio, guidatore ancora alle prime armi, provoca un incidente stradale in cui rimangono coinvolte altre due automobili, rispettivamente di Mevio e Sempronio. Filano, che è riuscito ad arrestarsi a pochi metri dall'incidente e ha quindi assistito alla scena, non subisce alcuna conseguenza. Volendo, però, approfittare della situazione per far riparare una vecchia ammaccatura, agisce in giudizio, chiedendo il risarcimento dei danni asseritamente provocati da Caio. Il giudice, tuttavia, si avvede della falsità della ricostruzione fattuale dedotta da Filano e rigetta la domanda, condannandolo alle spese. Con tutta evidenza, la decisione in parola potrà produrre effetti solo nei rapporti tra Caio e Filano; non potrà, invece, essere opposta a Mevio e Sempronio che, effettivamente, hanno subito danni dalla guida poco avveduta di Caio.

In effetti, se è vero che, perché si producano gli effetti preclusivi del giudicato, è richiesta sul piano oggettivo un'identità di causa e di oggetto, sul piano soggettivo è necessaria un'identità di 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 ai soggetti che non abbiano partecipato al processo si tradurrebbe in un'aperta violazione dei diritti di difesa degli stessi¹⁹⁵.

Se questa è la regola generale, è tuttavia possibile rilevare talune eccezioni, di cui si darà conto nel presente sottoparagrafo. Peraltro, come si vedrà, gli

¹⁹⁵ 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, tale verità non può essere relativizzata; deve, 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».

ordinamenti di *common law* accolgono una nozione di «parte» leggermente più ampia di quella accolta negli ordinamenti di *civil law* e, pertanto, anche con riferimento ai limiti soggettivi del giudicato è possibile riscontrare talune difformità di disciplina.

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

Negli ordinamenti di *civil law* è pacifico che gli effetti del giudicato vincolino non soltanto le parti, ma anche i loro eredi e aventi causa. Ciò, d'altronde – oltre ad essere espressamente previsto dal diritto positivo italiano e tedesco¹⁹⁶ – 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, il fascio di rapporti che scaturisce dai diritti soggettivi oggetto della controversia si conforma al precetto contenuto nella sentenza; qualora, poi, tali diritti siano oggetto di trasferimento, colui che succede a titolo universale o particolare si sostituisce al precedente titolare nella medesima posizione in cui quest'ultimo si trovava al momento della cessione e, pertanto, anche nei suoi confronti opereranno le preclusioni derivanti dalla precedente decisione giudiziale¹⁹⁷.

Peraltro, i singoli ordinamenti presentano alcune peculiarità degne di nota. Nell'ordinamento francese, ad esempio, l'art. 1355 c.c. francese richiede non soltanto che le parti siano fisicamente le stesse, ma altresì che esse agiscano nella medesima qualità. A titolo di esempio, se Tizio in qualità di curatore fallimentare

¹⁹⁶ *Cfr.* Art. 2909 c.c. italiano; §325 ZPO; ma si veda, ad esempio, la decisione del Tribunale Federale svizzero, Sentenza 4A_545/2013, del 28 novembre 2013.

¹⁹⁷ 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 espressamente previsto che la tutela costituzionale del diritto di azione – di cui all'art. 24, co. 1 Cost. – debba prevalere sul diritto di difesa – di cui all'art. 24, co. 2 Cost.. Se, poi, si considera che al successore a titolo particolare è comunque attribuita la facoltà di intervenire in corso di causa (*ex art. 111, co. 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, poiché, pur potendo, ha deciso di non intervenire.

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, ad esempio, in qualità di socio di minoranza della società. Peraltro, la giurisprudenza francese, facendo leva su un'interpretazione particolarmente ampia della nozione di «rappresentanza», in determinati casi estende gli effetti preclusivi del giudicato ai soggetti che, pur non prendendo formalmente parte al giudizio, presentino un interesse qualificato nella soluzione della lite¹⁹⁸.

L'ordinamento italiano, poi, conosce talune limitate eccezioni al principio «*res inter alios judicata tertio neque nocet neque prodest*». In particolare, in caso di obbligazione solidale, l'art. 1306 c.c. prevede che:

«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.

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 di cui all'art. 2909 c.c. italiano in materia di limiti soggettivi del giudicato. Il secondo comma, invece, introduce un'eccezione; qualora 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. Riprendendo l'esempio proposto in apertura di paragrafo, si immagini che Caio fosse alla guida dell'automobile prestatagli da Tizia. In forza dell'art.

¹⁹⁸ Vuoi per espressa conferimento del potere di rappresentanza, vuoi per l'indivisibilità della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, *cf.* M. DOUCHY-LOUDOT, "Autorité de la chose jugée au civil sur le civil", *op. cit.* nota 75, para. 132 ss..

2054, co. 3 c.c., Tizia è obbligata in solido con Caio per il risarcimento dei danni provocati dalla circolazione stradale del veicolo. Nondimeno, Tizia potrà opporre a Filano la sentenza con cui il giudice ha rigettato le pretestuose domande avanzate da quest'ultimo contro Caio.

Lo stesso 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»¹⁹⁹.

In via di principio, quindi, gli ordinamenti di tradizione continentale mantengono un'interpretazione alquanto rigida del requisito dell'identità delle parti. Nonostante il caso della giurisprudenza francese, in linea generale sembra potersi affermare che nei sistemi considerati le eccezioni a tale principio sono molto limitate e, in ogni caso, determinate *a priori* dal legislatore²⁰⁰.

¹⁹⁹ Corte di Cassazione, sez. trib., n. 10202 del 26 giugno 2003. 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., n. 16560 del 5 luglio 2017. Il medesimo principio si applica anche nell'ordinamento francese, per effetto della teoria della rappresentazione, *cf.* M. DOUCHY-LOUDOT, "Autorité de la chose jugée au civil sur le civil", op. cit. nota 75, para. 143.

²⁰⁰ S. BREKOULAKIS, "The Effect of an Arbitral Award and Third Parties in International Arbitration: *Res Judicata* Revisited", op. cit. nota 29, p. 186.

3.2. 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*).

3.2.1 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 parti²⁰¹. La definizione precisa del concetto di «*privity*» – che assume significati differenti nell'ordinamento inglese e nell'ordinamento statunitense – è compito alquanto arduo²⁰².

²⁰¹ È opportuno precisare come nel *common law* si distingua tra «*judgments in personam*» – ovverosia le decisioni che stabiliscono i diritti e gli obblighi reciproci tra i contendenti – e «*judgments in rem*» – ovverosia 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.

²⁰² 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 Privity Rule Reconsidered”, in *California Law Review*, 1968, 56, p. 1101, secondo cui non esiste una definizione generalmente accolta della nozione di *privity*.

In particolare, in Inghilterra si conoscono tre categorie di *privity*: «*privity in blood*», «*privity in title*» e «*privity in interest*». La categoria di *privity in blood* include gli ascendenti e i discendenti del soggetto che ha preso parte al procedimento; la categoria di *privity in title* include i successori a titolo universale o particolare nel diritto controverso; la categoria di *privity in interest*, infine, include tutti i soggetti che presentino un qualsivoglia interesse, di origine legale o convenzionale, con riferimento all'oggetto della controversia²⁰³. Con tutta evidenza, le maggiori difficoltà sorgono con riferimento alla definizione di quest'ultima categoria²⁰⁴. 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*»²⁰⁵.

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 *privity 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 vincolati al giudicato anche soggetti che non abbiano preso parte al primo procedimento²⁰⁶.

²⁰³ P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, op. cit. nota 3, p. 69.

²⁰⁴ *Cfr.*, ex multis, *Gleeson v J. Wippell & Co. Ltd.* (1977) 1 W.L.R. 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. para. 81 ss..

²⁰⁵ *Gleeson v J. Wippell & Co. Ltd.* (1977) 1 W.L.R. 510, spec. 515.

²⁰⁶ 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 Wippell & 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

Negli Stati Uniti si rivengono 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*»²⁰⁷ o, ancora, «*[the] parties are in such relationship to one another that a judgment involving one may justly be conclusive upon the other*»²⁰⁸, 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*»²⁰⁹.

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 una parte, di modo che i suoi interessi siano stati comunque rappresentati in giudizio²¹⁰.

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 estensione²¹¹ – con il più neutro concetto di «*relationship*», per poi andare a

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.

²⁰⁷ *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”, *op. cit.* nota 202, p. 1101.

²⁰⁸ G.R. SHELL, “Res Judicata and Collateral Estoppel Effects of Commercial Arbitration”, in *UCLA Law Review*, 1988, pp. 623 ss., spec. p. 640. *Cfr.* anche A.D. VESTAL, *Res Judicata / Preclusion*, *op. cit.* nota 20, pp. 108 ss..

²⁰⁹ *Public Service Co. of Colorado v. Osmose Wood Preserving, Inc.*, Colorado Court of Appeals, 813 P.2d 785 (1991).

²¹⁰ R.L. MARCUS – M.H. REDISH – E.F. SHERMAN, *Civil Procedure – A Modern Approach*, *op. cit.* nota 2, p. 1164.

²¹¹ *Restatement (Second) of Judgments*, Introduction: «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

trattare nello specifico tutti i casi in cui è astrattamente possibile riconoscere un legame sostanziale tra gli interessi di una parte e di un terzo²¹².

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. È, peraltro, opportuno rilevare come in questo caso le diverse 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 all’interpretazione di queste stesse nozioni, reputando, ad esempio, compatibile con i canoni del «*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 hanno avuto modo di contraddire).

3.2.2. 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 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*)²¹³, la Sezione 29 del *Restatement (Second) of Judgments* estende gli effetti della *issue preclusion* ai successivi procedimenti che coinvolgano il soggetto vincolato dalla preclusione e un soggetto terzo²¹⁴.

preclusion, however, binding consequences can ensue for or against a third party whose only legal connection to the transaction is through the judgment itself».

²¹² Cfr. *Restatement (Second) of Judgments*, §§ 43-61.

²¹³ Cfr. *The Sennar (No 2)* [1985] 1 WLR 490, spec. 499.

²¹⁴ 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».

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 avvantaggiarsene. Come ovvio, anche in questo caso valgono le cautele poste a tutela del diritto al contraddittorio, di cui si è detto sopra²¹⁵. 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 Sezione 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 quello di risolvere un contrasto giuridico tra due soggetti – e, pertanto, non ha la pretesa di affermare una verità generale, 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 assoluto, sebbene necessariamente da temperare con le esigenze di tutela del diritto al giusto processo.

²¹⁵ Cfr. *supra* pp. 68 ss..

4. 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 appare utile trarre alcune conclusioni, di particolare rilievo per lo studio della teoria della *res judicata* nell'arbitrato commerciale internazionale. In particolare, dallo studio appena condotto sembra potersi ricavare che:

- Non esiste una disciplina uniforme della teoria della *res judicata*; gli ordinamenti nazionali considerati 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 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) nonché 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 utile a individuare la disciplina più adeguata del fenomeno del giudicato; o, meglio, ogni giudizio di valore sarebbe necessariamente influenzato dalle opinioni personali dell'interprete, inevitabilmente condizionate dalla sua particolare cultura giuridica di provenienza e dal modo di intendere i principi fondamentali che di volta in volta vengono in rilievo. In realtà, le scelte operate a livello nazionale non sembrano potersi ascrivere a ragioni di necessità intrinseche al concetto di giudicato, ma appaiono

piuttosto come il frutto di un coerente (e ugualmente legittimo) sviluppo di premesse differenti.

CAPITOLO III

LA *RES JUDICATA* NEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI STATALI: GLI EFFETTI DI GIUDICATO DEL LODO ARBITRALE DOMESTICO

SOMMARIO: 1. Francia. – 2. Svizzera. – 3. Germania. – 4. Italia. – 5. Inghilterra. – 6. Stati Uniti. – 7. Alcune considerazioni conclusive in merito agli effetti di giudicato del lodo arbitrale domestico.

Nel capitolo precedente si è trattato dell'estensione oggettiva e soggettiva degli effetti di giudicato delle sentenze interne; in altre parole, si sono esaminate le conseguenze giuridiche prodotte dalla decisione giudiziale all'interno del medesimo ordinamento giuridico da cui essa promana. Le parti, tuttavia, potrebbero scegliere di non ricorrere alla tutela giurisdizionale fornita dallo Stato, ma affidare la soluzione delle loro controversie a soggetti privati e, segnatamente, a un tribunale arbitrale. In questo caso occorrerà domandarsi se e in quali limiti gli effetti di giudicato prodotti dal lodo arbitrale – e quindi le conseguenze giuridiche della decisione resa da soggetti non investiti di una generale autorità giurisdizionale – siano in qualche modo assimilabili a quelli prodotti dalla sentenza statale.

Occorre precisare fin da subito che nel presente paragrafo intendiamo occuparci degli effetti dei lodi resi sul territorio nazionale (c.d. «lodi domestici») nella prospettiva degli ordinamenti giuridici statali; non ci occuperemo 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»²¹⁶. L'individuazione degli

²¹⁶ Quanto, invece, ai lodi arbitrali internazionali, la compiuta trattazione dei loro effetti presuppone una considerazione circa la natura dell'arbitrato commerciale internazionale. Anzitutto come si vedrà nel

effetti di una decisione estranea all'ordinamento giuridico in cui essi intendono prodursi solleva, infatti, una questione di coordinamento tra le diverse discipline che potrebbero venire in rilievo (e, segnatamente, tra le discipline accolte nell'ordinamento di origine della decisione e nell'ordinamento in cui questa è riconosciuta); tali problematiche saranno oggetto di specifica considerazione nel prosieguo della nostra trattazione²¹⁷.

Dopo aver delimitato l'oggetto dell'indagine, si può ora procedere con l'esame degli ordinamenti già considerati nel precedente capitolo. Come si vedrà, normalmente al lodo arbitrale è riconosciuta la medesima efficacia di giudicato accordata alle sentenze rese dai giudici nazionali. Salvo espressa previsione in senso contrario, i limiti oggettivi e soggettivi degli effetti del lodo devono allora ritenersi in tutto e per tutto assimilabili a quelli delle decisioni rese dai giudici statali; d'altronde con riferimento ai lodi domestici non viene in rilievo – nemmeno in linea teorica – una disciplina alternativa, che pretenda di essere applicata agli effetti del giudicato in luogo della disciplina nazionale, come, invece, accade con riferimento alle decisioni straniere. Nondimeno, si rendono necessari taluni accorgimenti nella considerazione dell'efficacia di *res judicata* delle decisioni rese all'esito del procedimento arbitrale.

È altresì doveroso rilevare come, con riferimento alla delimitazione degli effetti di giudicato delle decisioni arbitrali, si renda necessaria una considerazione in merito all'estensione oggettiva della giurisdizione (o competenza) del tribunale arbitrale. Sarà possibile riconoscere valore vincolante alla decisione di questioni che cadono al di fuori della competenza del tribunale?

capitolo V, la distinzione tra le nozioni di arbitrato commerciale internazionale e arbitrato commerciale interno opera su un piano diverso rispetto alla distinzione tra le nozioni di arbitrato domestico e arbitrato straniero. In una prospettiva prettamente statale, gli effetti del lodo arbitrale commerciale internazionale reso sul territorio nazionale (e cioè all'esito di un procedimento con sede all'interno dello Stato) potrebbero non differenziarsi dagli effetti del lodo domestico interno, come ad esempio avviene nell'ordinamento italiano e nell'ordinamento tedesco (ove non è prevista una disciplina specifica per l'arbitrato commerciale internazionale), ovvero come avviene nell'ordinamento francese (dove si prevede una disciplina *ad hoc* per l'arbitrato commerciale internazionale) in virtù del richiamo operato dall'art. 1506, co. 4 c.p.c. (*cfr. infra* nota 218). Per una trattazione più specifica della distinzione tra le nozioni di «lodo straniero» e «lodo internazionale», *cfr. infra* pp. 129 ss., spec. nota 294.

²¹⁷ *Cfr. infra* capitolo IV.

1. FRANCIA

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:

«La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche.

Elle peut être assortie de l'exécution provisoire»²¹⁸.

Già prima dell'intervento del legislatore nel 1981²¹⁹, 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 dottrina²²⁰, tale limitazione dipendeva dalla confusione tra le nozioni di *autorité de chose jugée* e *force de chose jugée*²²¹.

L'intervento del legislatore ha, ad ogni modo, chiarito la portata preclusiva del lodo arbitrale domestico, di modo che oggi esso produce sin dal momento della sua emanazione i medesimi effetti di giudicato della sentenza.

2. SVIZZERA

Anche il legislatore federale svizzero ha affrontato espressamente la questione degli effetti di giudicato del lodo arbitrale domestico. In particolare, l'art. 387 c.p.c. svizzero prevede che:

²¹⁸ In virtù del richiamo operato dall'art. 1506, co. 4 c.p.c. francese tale disposizione si applica anche ai lodi arbitrali internazionali.

²¹⁹ L'articolo 1484 c.p.c. francese è stato introdotto – pur con una differente numerazione – con il decreto n. 81-500 del 12 maggio 1981.

²²⁰ M. DOUCHY-LOUDOT, "Autorité de la chose jugée au civil sur le civil", op. cit. nota 75, para. 14.

²²¹ Cfr. *supra* pp. 37 ss.

«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. Il lodo sarà, poi, vincolante con riferimento alla sola parte dispositiva; al contrario, non dovranno ritenersi vincolanti le motivazioni che accompagnano la decisione²²².

In sintesi, la decisione arbitrale produce, dal momento della sua comunicazione alle parti, i medesimi effetti di giudicato della sentenza resa dai giudici statali.

3. GERMANIA

A norma della § 1055 ZPO:

«Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils».

Anche nell'ordinamento tedesco, pertanto, il lodo arbitrale è sostanzialmente equiparato alla sentenza resa dai giudici nazionali quanto alla sua efficacia di reg giudicata; in questo caso, peraltro, gli effetti di giudicato si producono dal momento in cui son adempite le formalità di cui alla § 1054 ZPO e, cioè, una volta che il lodo, sottoscritto dalla maggioranza degli arbitri, sia stato notificato alle parti.

Cionondimeno, in ragione della natura privata dell'arbitrato, gli effetti di giudicato del lodo non potranno essere rilevati *ex officio* dal giudice del secondo procedimento – come, invece, accade per le sentenze interne –, ma unicamente su eccezione della parte interessata²²³. Tuttavia, dal momento in cui il lodo è

²²² K. HOBÉR, “*Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*”, op. cit. nota 19, p. 143.

²²³ 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>.

dichiarato esecutivo a norma della § 1060 ZPO, l'efficacia vincolante del lodo può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice.

4. ITALIA

Nell'ordinamento italiano l'art. 824-*bis* c.p.c. prevede che:

«Salvo quanto disposto dall'art. 825 [con riferimento all'omologazione del lodo per l'attribuzione dell'efficacia esecutiva], il lodo ha alla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria»

A una prima lettura, la disposizione in oggetto non sembrerebbe discostarsi da quanto previsto negli ordinamenti appena considerati. Nondimeno, la pur chiara formulazione della norma introdotta dal legislatore con la riforma del 2006 non è stata in grado di sopire del tutto la discussione in merito alla questionata natura del lodo arbitrale. In Italia, infatti, anche dopo la riforma, vi era chi sosteneva che la decisione resa dagli arbitri – non essendo espressione dell'«*imperium*» statale – non potesse che qualificarsi come atto di natura negoziale²²⁴.

Tuttavia, la dottrina maggioritaria si è mostrata più incline a riconoscere la natura giurisdizionale dell'arbitrato, sostenendo che il legislatore della riforma avesse, nei fatti, modificato l'assetto legislativo precedente²²⁵.

²²⁴ Tale orientamento sembrava aver trovato conferma in una pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che aveva chiaramente qualificato il lodo arbitrale come atto di natura negoziale, *cfr.* Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 527 del 3 agosto 2000. Peraltro, nel 2013 le Sezioni Unite sono tornate sull'argomento, modificando il proprio orientamento e riconoscendo che l'esercizio della giurisdizione, se di regola compete al giudice ordinario, può essere affidata dalle parti a giudici privati, *cfr.* Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ord. n. 24153 del 25 ottobre 2013.

²²⁵ *Cfr. ex multis* E. D'ALESSANDRO, "Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art 824-*bis* c.p.c.", in *Rivista dell'Arbitrato*, 2007, pp. 529 ss.; F. LUISO, "L'articolo 824-*bis* c.p.c.", in *Rivista dell'Arbitrato*, 2010, pp. 235 ss.; G.F. RICCI, "Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale", in *Rivista dell'Arbitrato*, 2011, pp. 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, pp. 395 ss., spec. pp. 403-404, e p. 421 nota 37; E. ODORISIO, "Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato", in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 253 ss., spec. p. 264 e pp. 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*, CEDAM, 2017, pp. 371 ss..

Per quanto qui interessa, sembra opportuno attenersi al dato letterale della norma e riconoscere come l'art. 824-*bis* c.p.c. equipari la decisione resa dagli arbitri alla sentenza resa dall'autorità giurisdizionale. Nondimeno, diversamente da quanto previsto negli altri ordinamenti considerati, il lodo non è equiparato alla sentenza «passata in giudicata» (o «*rechtskräftig gerichtlich Urteil*»). Si ritiene pertanto che la decisione degli arbitri divenga idonea a produrre gli effetti del giudicato sostanziale solo alla scadenza dei termini per proporre domanda di annullamento del lodo o, in caso di impugnazione, all'esito del procedimento stesso²²⁶.

Quanto alla specifica estensione oggettiva e soggettiva degli effetti preclusivi del lodo, si ritiene che questi ultimi siano in tutto e per tutto sovrapponibili a quelli della sentenza resa dall'autorità giudiziaria. In particolare, 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 arbitrato²²⁷. Allo stesso modo, la decisione arbitrale può produrre effetti riflessi sui diritti dipendenti dalla situazione soggettiva oggetto del lodo²²⁸.

Quanto alle questioni pregiudiziali, il legislatore ha chiaramente stabilito, all'art. 819 c.p.c. che:

«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.

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

²²⁶ Non si ritiene, invece, necessario attendere la scadenza dei termini per proporre un eventuale giudizio di legittimità in Cassazione, *cf.* E. D'ALESSANDRO, "Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art 824-*bis* c.p.c.", *op. cit.* nota 225, p. 541.

²²⁷ *Cfr.* F. LUIO, "L'articolo 824-*bis* c.p.c.", *op. cit.* nota 225, pp. 242 ss.; E. D'ALESSANDRO, "Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art 824-*bis* c.p.c.", *op. cit.* nota 225, p. 544.

²²⁸ *Cfr.* F. LUIO, "L'articolo 824-*bis* c.p.c.", *op. cit.* nota 225, pp. 243 ss.; *contra*, C. Punzi, "«Efficacia di sentenza» del lodo", in *Rivista dell'Arbitrato*, 2005, p. 833-834.

convenzione di arbitrato, la decisione con efficacia di giudicato è subordinata alla richiesta di tutte le parti».

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. richiama, infatti, l'art. 111 c.p.c.. Di conseguenza, anche il terzo, pur non avendo sottoscritto l'accordo compromissorio, potrà intervenire nel procedimento arbitrale e, anche laddove decida di non parteciparvi, sarà vincolato dalla decisione.

5. INGHILTERRA

In Inghilterra è pacificamente ammesso che il lodo arbitrale produca i medesimi effetti di giudicati della sentenza resa dalle corti statali. Nello specifico, la decisione resa dal collegio arbitrale può fondare le eccezioni di *cause of action estoppel* e di *issue estoppel*. Come riconosciuto dal giudice 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»²²⁹.

Si è, anzi, sostenuto come l'affermazione degli effetti di *issue estoppel* del lodo costituisca un corollario imprescindibile del riconoscimento della decisione da parte dell'ordinamento inglese²³⁰. 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 parti²³¹, è un dato

²²⁹ *Fidelitas Shipping Co Ltd v V/O Exportchleb* [1965] 1 Lloyd's Rep 13 (CA).

²³⁰ *Associated Electric and Gas Insurance Services Ltd (Aegis) v European Reinsurance Co. of Zurich (European Re)* [2002] UKPC 1129, [2003] 1 WLR 1041.

²³¹ *Cfr. Dadourian Group International Inc v Simms* [2006] EWHC 2973 (Ch), spec. 731.

ormai pacifico che nel *common law* inglese le decisioni rese dai tribunali arbitrali possano produrre i medesimi effetti 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 che le questioni asseritamente precluse rappresentino un ingrediente fondamentale della decisione resa dagli arbitri e che 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 riservatezza²³².

6. STATI UNITI

Anche negli Stati Uniti il lodo arbitrale produce gli stessi effetti normalmente ricondotti alle sentenze rese dai giudici nazionali. La Sezione 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.

In realtà, sembrerebbe che anche i lodi non confermati siano idonei a produrre effetti di giudicato. In particolare, la Sezione 84 del *Restatement (Second) of Judgments* prevede che:

²³² *Associated Electric and Gas Insurance Services Ltd (Aegis) v European Reinsurance Co. of Zurich (European Re)* [2002] UKPC 1129, [2003] 1 WLR 1041, spec. para. 7.

«[A] *valid and final award by arbitration has the same effects under the rules of res judicata, subject to the same exceptions and qualifications, as a judgment of a court*».

In aggiunta alle limitazioni di regola previste per gli effetti di *claim preclusion* e di *issue preclusion* delle sentenze nazionali²³³ – che come ovvio opereranno anche con riferimento ai lodi arbitrali – sembra possibile individuare ulteriori eccezioni alla normale applicazione del principio del giudicato nei casi in esame. In particolare, le parti potrebbero indicare nell'accordo compromissorio che il lodo non è destinato a produrre effetti di giudicato²³⁴. Inoltre, la decisione che verta su materia non arbitrabile non sarà idonea a produrre effetti vincolanti.

Con riferimento, poi, alla *issue preclusion*, l'accertamento di questioni che esulino 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 nel caso in cui il lodo non sia accompagnato dalle motivazioni o le stesse non permettano di cogliere quanto sia stato effettivamente trattato e deciso nel corso della procedura²³⁵.

7. ALCUNE CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE IN MERITO AGLI EFFETTI DI GIUDICATO DEL LODO ARBITRALE DOMESTICO

Sembra, dunque, potersi affermare che, in linea generale, le decisioni rese dai tribunali arbitrali sono astrattamente idonee a produrre effetti di giudicato equiparabili a quelli riconosciuti alle sentenze nazionali. Tale conclusione, per quanto apparentemente banale, non è certo scontata; se da un lato, infatti, l'attribuzione di un «qualche» effetto preclusivo al lodo arbitrale appare come naturale conseguenza della facoltà accordata alle parti di deferire la soluzione della controversia a giudici privati, il riconoscimento dei «medesimi» effetti di giudicato

²³³ Cfr. *supra* pp. 68 ss.

²³⁴ In questi casi la procedura arbitrale rassomiglierà più che altro a una mediazione. Cfr. *Comment to § 84, Restatement (second) of Judgments*, Thomson Reuters, 2018.

²³⁵ K. HOBÉR, “*Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*”, op. cit. nota 19, pp. 158-159.

prodotti dalla sentenza implica una piena equiparazione tra la funzione giurisdizionale svolta dai giudici nazionali e quella attribuita agli arbitri, sintomo di un evidente *favor* nei confronti del mezzo di risoluzione delle controversie in esame.

Con tutta evidenza, ammettere che le decisioni arbitrali siano idonee a produrre i medesimi effetti di giudicato delle sentenze nazionali non può tradursi in una meccanica (e semplicistica) applicazione di preclusioni che, per loro natura, presuppongono un'attività di discernimento da parte dell'autorità giudiziaria; in particolare, con riferimento agli ordinamenti di *common law*, se da un lato si riconosce pacificamente l'idoneità del lodo a spiegare effetti di *issue estoppel* e di *issue preclusion*, dall'altro lato l'effettiva applicazione di simili preclusioni sarà sempre soggetta al controllo del giudice davanti al quale il lodo è invocato circa le questioni effettivamente discusse e decise nel procedimento arbitrale, il che, per le ragioni sopra indicate, potrebbe risultare poco agevole in presenza di un accordo di riservatezza.

CAPITOLO IV

GLI EFFETTI DI GIUDICATO DEI PROVVEDIMENTI GIURISDIZIONALI STRANIERI

SOMMARIO: 1. Il riconoscimento dell'atto giurisdizionale straniero come presupposto per la produzione degli effetti di giudicato. – 2. Teoria dell'assimilazione degli effetti. – 3. Teoria dell'estensione degli effetti. – 4. Teoria della doppia confinazione. – 5. Alcune considerazioni conclusive in merito agli effetti di giudicato delle sentenze straniere.

Nei capitoli precedenti si è considerata l'estensione oggettiva e soggettiva degli effetti di giudicato delle sentenze nazionali e dei lodi arbitrali domestici e, cioè, degli atti giurisdizionali «interni». Come si è visto, ogni disciplina nazionale prevede regole sensibilmente difformi in materia di regiudicata e, anche all'interno di un medesimo ordinamento giuridico, la specifica individuazione della portata preclusiva delle decisioni giudiziali può rivelarsi alquanto complessa.

Nel momento in cui 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 un ulteriore elemento di complessità: se nell'ordinamento di origine e nell'ordinamento ricevente vigono norme processuali che individuino in modo difforme l'ambito di efficacia oggettivo e soggettivo dei provvedimenti giurisdizionali – circostanza che, alla luce di quanto discusso nei paragrafi precedenti, si deve reputare tutt'altro che ipotetica – si dovrà determinare quale delle due discipline possa ritenersi applicabile.

Con riferimento a tali ipotesi si rende, pertanto, necessario considerare le modalità e i presupposti affinché un atto giurisdizionale straniero possa essere ritenuto idoneo a produrre effetti in un diverso ordinamento giuridico nonché le

diverse tecniche 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

Le decisioni rese dall'autorità giurisdizionale di un determinato Stato sono di per sé idonee a spiegare efficacia unicamente all'interno dell'ordinamento giuridico da cui promanano; perché esse possano produrre conseguenze giuridiche anche in altri Stati – e, per quanto qui interessa, spiegare effetti preclusivi in altri ordinamenti – è necessario che questi ultimi recepiscano il comando giurisdizionale straniero e ne ammettano l'efficacia anche all'interno del proprio territorio. Il riconoscimento delle decisioni giurisdizionali straniere non è, infatti, imposto da un principio di necessità giuridica, ma risponde a una libera scelta di ogni singolo ordinamento nazionale che, attribuendo un valore giuridico alle determinazioni di giudici stranieri, pone un limite al proprio potere giurisdizionale²³⁶.

È opportuno precisare fin da subito come la nozione di «riconoscimento» debba essere distinta dalla nozione di «esecuzione» del provvedimento estero. Sebbene, infatti, il recepimento della sentenza straniera sia nella maggior parte dei casi diretto all'esecuzione forzata del comando contenuto nel provvedimento giurisdizionale, le parti potrebbero aver interesse a che la decisione straniera

²³⁶ Non esiste, infatti, una regola di diritto internazionale generale che impone agli Stati di riconoscere i provvedimenti giurisdizionali stranieri, *cf.* A. DUTTA – T. DOMEJ, voce “Recognition and enforcement of judgments (civil law)”, in in J. Basedow – G. Rühl – F. Ferrari – P. de Miguel Asensio (a cura di), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 1471. Ciò, con tutta evidenza, non esclude che i singoli Stati si possano impegnare – direttamente o indirettamente – a riconoscere le decisioni giurisdizionali straniere; in questo caso, la libertà di scelta si manifesta nella decisione di vincolarsi sul piano del diritto internazionale. Per brevità non si esamineranno nel dettaglio le ragioni che spingono i singoli ordinamenti ad accogliere il prodotto giurisdizionale di uno Stato terzo, generalmente sintetizzabili nell'esigenza di fornire un trattamento coerente alle posizioni giuridiche soggettive già accertate in un procedimento giudiziale (ancorché straniero).

produca effetti preclusivi o conclusivi anche al di fuori dell'ordinamento in cui è stata resa, senza che si renda necessario alcun atto di esecuzione²³⁷.

Negli ordinamenti di *civil law* la dottrina suole distinguere tra due diverse tecniche che permettono il recepimento della sentenza straniera: in una prima ipotesi il precetto contenuto nella decisione estera è riconosciuto in forza delle norme di diritto internazionale privato dello Stato ricevente; nella seconda ipotesi la sentenza straniera trova accoglimento per effetto di norme di carattere processuale²³⁸.

Nel primo caso, la norma di diritto internazionale privato è concepita come strumento che consente il recepimento del complesso dei valori normativi dell'ordinamento straniero richiamato²³⁹. In una simile 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. Seconda tale teoria, il provvedimento giurisdizionale straniero ha come unica funzione quella di accertare o realizzare – al verificarsi di determinati fatti storici – la concretizzazione del precetto normativo astratto. In questo senso, il riconoscimento non può che essere automatico, poiché il richiamo operato dalla norma di diritto internazionale privato impone (anche) il recepimento *sic et simpliciter* di quanto accertato dal giudice straniero²⁴⁰.

Nel secondo caso, invece, l'atto giurisdizionale straniero è recepito per effetto di una norma di diritto processuale civile internazionale. In tale ipotesi, l'efficacia del provvedimento estero dipende – oltre che da una serie di altri requisiti²⁴¹ – dalla sussistenza di un collegamento tra l'oggetto della controversia e il giudice

²³⁷ Sulla distinzione tra riconoscimento ed esecuzione in una prospettiva comparatistica *cfr.* C. CONSOLO, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, Giuffrè, 2002, p. 16.

²³⁸ *Cfr.* E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Giappichelli, 2007, pp. 4-14.

²³⁹ *Cfr.* P. PICONE, "Caratteri ed evoluzione del metodo tradizionale dei conflitti di leggi", in *Rivista di diritto internazionale*, 1998, pp. 2 ss., spec. pp. 36 ss..

²⁴⁰ In questa prospettiva, peraltro, si conferisce un rilievo (quasi) esclusivo alla dimensione sostanziale del *res judicata*, a dispetto, invece, del vincolo processuale generato dal precedente giudicato, che, come si è detto, sempre essere la caratteristica fondamentale della teoria in esame, *cfr. supra*, nota 42. *Cfr.* anche E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, op. cit. nota 238, p. 9.

²⁴¹ Quali, a mero titolo esemplificativo, il rispetto dell'ordine pubblico dello Stato richiesto (tanto nella sua dimensione sostanziale, quanto in quella processuale) nonché l'assenza di precedente giudicato o di litispendenza.

straniero, tale per cui si possa ritenere giustificato l'esercizio della sua 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»)²⁴². In questo modo è conferito un maggior peso al vincolo di natura processuale che scaturisce dal giudicato; la decisione straniera, infatti, può assumere rilievo all'interno del processo come fattore impediente per una nuova pronuncia sul merito della controversia e non, invece, come vincolo di natura sostanziale, cui il giudice dovrà necessariamente attenersi nell'accertamento del modo di essere dei diritti soggettivi oggetto di contesa²⁴³.

La verifica della sussistenza dei requisiti previsti dalla norma processuale per il riconoscimento della sentenza straniera può assumere due differenti forme. Essa può avvenire per mezzo di un procedimento giudiziale costitutivo – detto di «delibazione» – all'esito del quale sarà (eventualmente) riconosciuta l'idoneità della sentenza estera a produrre effetti anche all'interno dell'ordinamento richiesto. Alternativamente, 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 straniera²⁴⁴.

²⁴² Un simile controllo è, invece, espressamente escluso dal sistema di riconoscimento automatico delle decisioni in materia civile e commerciale all'interno dell'Unione europea, oggi disciplinato dal Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, n. 1215/2012 (comunemente conosciuto come «Regolamento Bruxelles I-bis»). La scelta del legislatore europeo si spiega per due ordini di ragioni. In primo luogo, le norme che disciplinano il riconoscimento automatico delle decisioni rese dai giudici degli Stati membri sono contenute nello stesso regolamento che prevede regole uniformi circa il riparto della giurisdizione tra i giudici degli Stati membri. In secondo luogo, la disciplina del riconoscimento automatico nell'ambito europeo si fonda sul principio della reciproca fiducia che, per quanto qui interessa, si traduce nella presunzione *iuris et de iure* che i giudici degli Stati membri abbiano esercitato la propria giurisdizione nel rispetto delle regole uniformi dettate dal regolamento stesso.

²⁴³ Salvo ovviamente il caso in cui si debbano considerare gli effetti positivi del giudicato e si discuta, quindi, di diritti soggettivi dipendenti da quelli accertati nella pronuncia straniera.

²⁴⁴ È questa l'ipotesi prevista dal legislatore italiano agli artt. 64 e 65 della legge n. 218 del 31 maggio 1995 e dal legislatore europeo, agli artt. 36-38 del Regolamento Bruxelles I-bis. Il legislatore italiano utilizza, invece, la tecnica del riconoscimento internazionale privatistico per i provvedimenti di volontaria giurisdizione, così come previsto dall'art. 66 della l. 218/1995. Invero, taluni dubbi potrebbero sorgere con riferimento all'art. 65 della l. 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

Negli ordinamenti di *common law*, il riconoscimento degli atti giurisdizionali stranieri deriva generalmente dall'applicazione del principio di *comity*. Già nel XIX secolo la Corte Suprema degli Stati Uniti aveva avuto modo di fornire una definizione del principio in parola:

«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»²⁴⁵.

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 stranieri trovano accoglimento all'interno dei rispettivi ordinamenti statali statunitensi 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 estera²⁴⁶.

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. Cfr. S. BARIATTI, "Articolo 65", in F. Pocar (a cura di), *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, CEDAM, Padova, 1996; E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, op. cit. nota 238, pp. 23-29.

²⁴⁵ *Hilton v. Guyot*, U.S. Supreme Court, 159 U.S. 113 (1895).

²⁴⁶ Sebbene, come detto, il riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali stranieri 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 Sezione 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 Sezione 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 Sezione 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

Nel *common law* inglese è generalmente riconosciuta efficacia ai provvedimenti giurisdizionali stranieri, a condizione che si tratti di decisioni definitive sul merito della controversia²⁴⁷, che siano rese da tribunali muniti di giurisdizione c.d. «internazionale»²⁴⁸ e sempre che non ricorrano circostanze ostative al riconoscimento²⁴⁹. Il recepimento dell'atto giurisdizionale straniero avviene sempre all'esito di un procedimento, in occasione del quale il giudice inglese è chiamato a valutare la sussistenza dei requisiti appena menzionati²⁵⁰: laddove il riconoscimento sia finalizzato all'esecuzione forzata il procedimento in parola avrà luogo in occasione della registrazione della sentenza straniera, così come disciplinata dall'«*Administration of Justice Act 1920*» e dal «*Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act 1933*», e salvo che non si rientri nel campo di applicazione dei regolamenti dell'Unione europea; 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.

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).

²⁴⁷ Peraltro, come evidenziato da Barnett, si tratta dei medesimi requisiti generalmente previsti perché possa essere accordata efficacia di giudicato alla sentenza (anche interna), *cfr. supra* pp. 39 ss..

²⁴⁸ Con ciò intendendosi che il convenuto fosse domiciliato o residente nel territorio dello Stato in cui ha avuto luogo il procedimento al momento della notificazione dell'atto di citazione, *cfr. ex multis Joint Stock Co Aeroflot - Russian Airlines v Berezovsky* [2014] EWCA Civ 20. In dottrina, peraltro, è stato suggerito che la giurisdizione internazionale dovrebbe considerarsi sussistente in tutti i casi in cui la corte non sia *forum non conveniens*, *cfr. P. BARNETT, Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, op. cit. nota 3, pp. 47-48.

²⁴⁹ Sono generalmente considerate circostanze ostative al riconoscimento il fatto che la sentenza sia stata resa in violazione di un accordo compromissorio o di proroga del foro, il fatto che la sentenza sia stata ottenuta con dolo, la contrarietà della sentenza all'ordine pubblico inglese e la contrarietà della sentenza a un precedente giudicato, *cfr. P. BARNETT, Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, op. cit. nota 3, pp. 36-37.

²⁵⁰ Ovviamente fuori dai casi previsti dal Regolamento Bruxelles I-bis e dalla 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 244.

2. TEORIA DELL'ASSIMILAZIONE DEGLI EFFETTI

Venendo ora all'effettiva estensione degli effetti preclusivi delle sentenze straniere, un primo possibile approccio consiste nel ritenere che, per effetto del riconoscimento, l'atto giurisdizionale estero assuma la medesima efficacia attribuita alla sentenza interna²⁵¹. All'esito del procedimento di delibazione – ma lo stesso potrebbe dirsi anche in caso di riconoscimento automatico²⁵² – l'atto giurisdizionale straniero è nazionalizzato e, pertanto, i suoi effetti si espandono o si restringono, così da conformarsi ai limiti oggettivi e soggettivi del giudicato delle sentenze emanate nell'ordinamento ricevente. In una simile prospettiva, infatti, 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 buona 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.

A titolo esemplificativo, poniamo il caso in cui dinanzi a un giudice tedesco sia fatta valere una decisione inglese²⁵³. Come detto nei paragrafi precedenti, in

²⁵¹ Come rilevato da attenta dottrina, l'adozione di una particolare tecnica di riconoscimento è di per sé neutra rispetto alla definizione dei potenziali effetti preclusivi del giudicato straniero, *cfr.* E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, op. cit. nota 238, p. 54. Di diverso avviso C. CONSOLO, "Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, pp. 575 ss., 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.

²⁵² Per le stesse ragioni esposte alla nota precedente.

²⁵³ La scelta degli ordinamenti tedesco e inglese risponde a esigenze di comodità. Per quanto si è visto nel capitolo II, infatti, tali ordinamenti accolgono un approccio marcatamente difforme per ciò che concerne l'estensione degli effetti di giudicato. Nella realtà dei fatti, come si vedrà nel prosieguo, laddove una sentenza inglese sia riconosciuta in Germania (o viceversa) il sistema previsto dai

Inghilterra la sentenza produce effetti preclusivi anche con riferimento alle questioni di fatto e di diritto che rappresentino il presupposto logico necessario per la decisione assunta dal giudice. 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 parti. Qualora il giudice tedesco dovesse aderire alla teoria dell'assimilazione, la sentenza estera 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, laddove fosse la decisione tedesca a essere riconosciuta in Inghilterra, la sentenza sarebbe idonea a produrre nell'ordinamento ricevente effetti maggiori di quelli previsti 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 di origine nulla impedisca alle parti di porre nuovamente in discussione tali questioni.

Come rilevato da attenta dottrina, ritenere che gli atti giurisdizionali stranieri, per produrre effetti all'interno dell'ordinamento ricevente, debbano essere necessariamente nazionalizzati – e, quindi, che essi non assumano valenza giuridica autonoma, ma unicamente se e in quanto richiamati da una norma o un provvedimento interno – è indice di un'impostazione marcatamente nazionalista, a mente della quale, per salvaguardare la sovranità statale, solo le norme nazionali possono spiegare efficacia nell'ordinamento in questione²⁵⁴.

Tale atteggiamento era sicuramente prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza italiana, prima dell'approvazione della l. 218/1995, quando il riconoscimento delle sentenze straniere era disciplinato dagli ormai abrogati artt. 796 ss. c.p.c.²⁵⁵. In tale contesto, si riteneva che il provvedimento giurisdizionale estero altro non fosse se non il presupposto logico richiamato dalla

regolamenti di Bruxelles impone al giudice di attribuire al provvedimento giurisdizionale gli effetti prodotti nell'ordinamento di origine.

²⁵⁴ Cfr. E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, op. cit. nota 238, p. 55.

²⁵⁵ Cfr. C. CONSOLO, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, op. cit. nota 237, pp. 10-16.

sentenza italiana resa all'esito del processo di delibazione; solo quest'ultima decisione, infatti, era idonea spiegare efficacia all'interno dell'ordinamento italiano e, di conseguenza, gli effetti preclusivi del giudicato non potevano che essere quelli previsti dalla disciplina nostrana²⁵⁶.

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. Tale atteggiamento deriva principalmente dal fatto che le condizioni cui è subordinato il riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero – e cioè, che si tratti di una decisione definitiva sul merito della controversia, resa da un tribunale competente – ricalcano pedissequamente i requisiti generalmente previsti perché alle decisioni – incluse le sentenze rese dal giudice inglese – possa essere riconosciuto valore di *res judicata*²⁵⁷. 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, alle sentenze non siano normalmente ricollegati effetti preclusivi con riferimento alle questioni di fatto o di diritto accertate dal giudice per la decisione della controversia²⁵⁸.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 29.

²⁵⁷ Cfr. P. BARNETT, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, op. cit. nota 3, 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.

²⁵⁸ 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

Appare, invece, più cauto l'atteggiamento dell'ordinamento statunitense. Come detto, il riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali stranieri è materia di competenza dei singoli Stati confederati. Tuttavia, i commentatori del *Restatement (Third) of Foreign Relations* hanno evidenziato che, 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 esiste regola alcuna che impedisca alle corti americane di attribuire al giudicato straniero effetti preclusivi più estesi di quelli previsti dall'ordinamento di origine²⁵⁹. In effetti, autorevole 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 estero²⁶⁰.

3. TEORIA DELL'ESTENSIONE DEGLI EFFETTI

A mente di una seconda teoria, il riconoscimento sarebbe diretto a produrre un'estensione territoriale degli effetti della sentenza straniera; in tale prospettiva il giudicato estero rimarrebbe un atto giurisdizionale straniero i cui effetti preclusivi – così come disciplinati dalla legge dell'ordinamento d'origine – sarebbero ammessi a spiegare efficacia anche all'interno dell'ordinamento ricevente.

Nell'esempio di cui al paragrafo precedente, il giudice tedesco – dopo aver riconosciuto la sentenza inglese – sarebbe chiamato ad applicare le regole processuali dell'ordinamento d'origine, allo scopo di delimitare l'ambito di efficacia del giudicato straniero. In particolare, la sentenza inglese recepita

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 certamente semplice valutare se tali questioni si possano considerare sufficientemente dibattute e decise, così come richiesto dalla legge inglese.

²⁵⁹ AMERICAN LAW INSTITUTE, "Comment to § 481 – Recognition and Enforcement of Foreign Judgments", *Restatement (Third) of Foreign Relations*, spec. para c).

²⁶⁰ R.C. CASAD, "Issue Preclusion and Foreign Country Judgments: Whose Law?", in *Iowa Law Review*, 1984, pp. 53 ss., spec. p. 76.

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 cognizione 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 saranno esposte a conseguenze imprevedibili al momento del processo, né vedranno frustrate le proprie aspettative con riguardo alle preclusioni prodotte dal giudicato²⁶¹.

Nella prospettiva in esame, l'autorità giurisdizionale dello Stato che recepisce la decisione estera sarà chiamata ad applicare unicamente le regole del giudicato di un ordinamento straniero; 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 dinnanzi alla necessità di compiere scelte e valutazioni che, presupponendo un mutamento piuttosto radicale dell'«abito mentale» con il quale essi sogliono determinare i contorni di efficacia della decisione giudiziale, potrebbero in un certo qual

²⁶¹ Cfr. E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, op. cit. nota 238, 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.

modo “spiazzarli”, rendendo loro più difficile stabilire con esattezza la latitudine del vincolo espresso dal giudicato formatosi oltreoceano»²⁶²

Senza voler trascurare le difficoltà che potrebbero sorgere nell’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 ogni qualvolta questi sia chiamato ad applicare la legge straniera secondo i criteri di interpretazione propri dell’ordinamento di origine dell’atto normativo²⁶³.

Ammettere l’estensione degli effetti della sentenza straniera significa, poi, abbandonare una logica prettamente nazionalista, in quanto si concede all’atto normativo straniero di spiegare efficacia all’interno dello Stato ricevente secondo i canoni propri del suo ordinamento d’origine²⁶⁴. Ciò comporta, con tutta evidenza, la possibilità che si producano preclusioni esorbitanti rispetto a quelle normalmente ricondotte al 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

²⁶² D. VOLPINO, “Il riconoscimento del giudicato statunitense”, in *Int’l Lis*, 2007, pp. 88 ss..

²⁶³ Così come dispone, ad esempio, l’art. 15 della l. 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*. Ma se è vero che l’applicazione delle preclusioni in parola presuppone l’accertamento del fatto che le questioni di fatto o di diritto siano state effettivamente dibattute nel primo procedimento, l’impossibilità di determinare l’estensione della cognizione del primo giudice comporterà, più semplicemente, la non applicabilità della *issue preclusion*.

²⁶⁴ Sembra, peraltro, condivisibile l’opinione di quanti sostengono che ciò non rappresenti una menomazione del principio di sovranità nazionale, in quanto l’atto normativo 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*, op. cit. nota 238, p. 63, spec. nota 31.

principi fondamentali dell'ordinamento interno è in ogni caso presidiato dal limite dell'ordine pubblico²⁶⁵.

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 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 pronuncia²⁶⁶.

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*²⁶⁷, infatti, non pare idonea a sovvertire il principio sancito da un risalente orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea, 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»²⁶⁸.

²⁶⁵ D. VOLPINO, “Il riconoscimento del giudicato statunitense”, op. cit. nota 262.

²⁶⁶ Cfr. C. CONSOLO, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, op. cit. nota 237, 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 Bruxelles 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 progetto più recente – che al momento in cui si scrive risale a maggio 2018 – tale disposizione 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>.

²⁶⁷ Cfr. *supra* nota 172.

²⁶⁸ Corte di Giustizia dell'Unione europea, *Hoffmann v Krieg*, C-145/86 del 4 febbraio 1988, punto 10. 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

D'altronde, attribuire ai provvedimenti giurisdizionali resi all'interno di uno Stato membro una portata oggettiva differente da quella prevista nell'ordinamento di origine contrasterebbe con i principi ispiratori del sistema di riconoscimento automatico delle decisioni intraeuropee, fondato sulle premesse della piena equipollenza tra i diversi sistemi processuali e della reciproca fiducia tra gli uffici giudiziari degli Stati membri²⁶⁹.

Anche l'ordinamento processuale italiano sembra aderire alla teoria dell'estensione degli effetti. Come riconosciuto da attenta dottrina, infatti, un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 64 della l. 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 processuali dello Stato d'origine²⁷⁰. In questo senso sembra orientata anche la più recente giurisprudenza del Tribunale di Milano, secondo cui la scelta operata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea con riferimento agli effetti delle sentenze

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, n. 10853 del 16 maggio 2014, *cf.* S.A. VILLATA, «I limiti oggettivi dell'autorità di una sentenza straniera nel sistema «Bruxelles»», in *Rivista di diritto processuale*, 2015, pp. 821 ss.. Peraltro, secondo autorevole dottrina, la teoria dell'estensione degli effetti troverebbe oggi codificazione all'interno del già menzionato art. 54 del Regolamento Bruxelles I-bis, *cf.* S.M. CARBONE – C. TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale – Il regolamento UE n. 1215/2012*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 324.

²⁶⁹ *Cfr.* C. CONSOLO – M. STELLA, «Il giudicato sulla motivazione come zaino da viaggio», in *Int'l Lis*, 2014, pp. 105 ss..

²⁷⁰ E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, op. cit. nota 238, pp. 64-65. *Contra* C. CONSOLO, «Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze», op. cit. nota 251, secondo cui le norme dello Stato di ricezione concorrono con la disciplina del giudicato accolta nello Stato di origine nella delimitazione dell'ambito oggettivo di efficacia del giudicato straniero.

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 l. 218/1995*²⁷¹.

4. 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, seppur entro i limiti generalmente previsti da quest'ultimo con riferimento all'estensione del giudicato di analoghe sentenze interne. In altre parole l'ordinamento di ricezione concorrerebbe con l'ordinamento d'origine nel circoscrivere l'ambito di efficacia 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, poiché si

²⁷¹ Tribunale di Milano, sez. spec. impresa, n. 824 del 25 gennaio 2018. In particolare il tribunale ricava tale orientamento dalla già menzionata pronuncia della Corte di Cassazione, sez. II, n. 10853 del 16 maggio 2014, nella parte in cui la Suprema Corte afferma come la teoria dell'estensione degli effetti sia il 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 l. 218/1995*, non foss'altro per il fatto che la Suprema Corte 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.

impedisce alla decisione straniera di produrre effetti esorbitanti rispetto a quelli prodotti da analoghe sentenze interne²⁷².

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 limiti al giudicato più angusti di quelli tracciati dalla disciplina dello Stato di ricezione, in quest'ultimo ordinamento gli effetti preclusivi della sentenza straniera saranno più circoscritti 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 all'interno dell'ordinamento ricevente con le preclusioni normalmente prodotte dalle sentenze interne.

Ritornando all'esempio dei precedenti sottoparagrafi, il giudice tedesco – una volta appurata la riconoscibilità della sentenza inglese – sarà 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 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 potrà produrre unicamente effetti di *cause of action estoppel* e non, invece, di *issue estoppel*.

²⁷² A titolo di esempio, Consolo evidenzia come nell'ordinamento italiano non si riconosca 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*, op. cit. nota 237, p. 33.

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 sconosciuto nei rispettivi ordinamenti di origine.

La teoria in esame si è inizialmente sviluppata in ambito tedesco, dove incontra tuttora il favore della dottrina processualcivilista maggioritaria²⁷³. 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»²⁷⁴. 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 nella sua dimensione processuale)²⁷⁵. 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

²⁷³ Cfr. C. CONSOLO – M. STELLA, “Il giudicato sulla motivazione come zaino da viaggio”, op. cit. nota 269; E. D’ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, op. cit. nota 238.

²⁷⁴ E. D’ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, op. cit. nota 238, 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», l’autore ritiene comunque preferibile aderire alla teoria della doppia confinazione; cfr. C. CONSOLO, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, op. cit. nota 237, p. 33. Nello stesso senso, cfr. F. MOSCONI – C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Vol. I, Utet, 2015⁷, pp. 301-302.

²⁷⁵ Di diverso avviso, invece, Consolo secondo cui in questo modo si caricherebbe di eccessiva valenza il principio dell’ordine pubblico, cfr. C. CONSOLO, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, op. cit. nota 237, p. 30, spec. nota 59.

e, di conseguenza, essa non dovrebbe ritenersi applicabile all'interno del nostro ordinamento²⁷⁶.

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 bénéficiera 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»²⁷⁷.

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, infatti, laddove l'ordinamento ricevente disegni i limiti del giudicato in termini più restrittivi dell'ordinamento d'origine, il provvedimento giurisdizionale sarà privato di taluni suoi effetti e, di conseguenza, si applicherà uno spettro di preclusioni più ristretto di quanto le parti potevano ragionevolmente attendersi al tempo del primo procedimento.

²⁷⁶ Dello stesso avviso anche D. VOLPINO, “Il riconoscimento del giudicato statunitense”, op. cit. nota 262. In senso sostanzialmente conforme, *cf.* Tribunale di Milano, sez. spec. impresa, n. 824 del 25 gennaio 2018.

²⁷⁷ Tribunale Federale svizzero, Sentenza 4A_508/2013 del 27 maggio 2014, para. 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*, Helbing Lichtenhahn, Zürich, 2013, p. 67.

5. ALCUNE CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE IN MERITO AGLI EFFETTI DI GIUDICATO DELLE SENTENZE STRANIERE

Nel presente paragrafo si è visto come, affinché ai provvedimenti giurisdizionali possa essere accordata efficacia di giudicato anche oltre i confini dello Stato da cui essi promanano, si renda anzitutto necessario un riconoscimento ad opera dell'ordinamento in cui tali atti sono fatti valere.

Si è visto altresì come il recepimento delle sentenze straniere possa essere disciplinato alternativamente da una norma di diritto internazionale privato, ovvero da una norma di diritto processuale civile internazionale. Se nel primo caso si conferisce maggior rilievo 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 maggiormente il vincolo di natura processuale che scaturisce dal giudicato, poiché il provvedimento straniero assume rilievo all'interno del processo quale fattore impediente una nuova pronuncia sul merito della controversia. Il riconoscimento della sentenza straniera può, poi, essere subordinato a un procedimento costitutivo di delibazione, ovvero operare automaticamente.

Si sono, inoltre, considerati i diversi modelli teorici di riferimento per l'identificazione della disciplina applicabile agli effetti preclusivi delle sentenze straniere. Come si è visto, al provvedimento giurisdizionale straniero può essere riconosciuta la medesima efficacia attribuita alle analoghe decisioni interne. Alternativamente, è possibile assoggettare il regime di efficacia della sentenza straniera al doppio filtro risultante dall'applicazione congiunta delle norme sul giudicato proprie dell'ordinamento ricevente e dell'ordinamento d'origine. Infine, lo Stato in cui la decisione è fatta valere può ammettere la produzione di tutti e i soli effetti originari della sentenza estera che non siano in contrasto con l'ordine pubblico dell'ordinamento ricevente.

Ai fini del presente studio appare utile evidenziare come l'opzione a favore di una delle tre teorie appena richiamate dipende, 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 esprime una netta chiusura nei confronti del bilanciamento valoriale operato dagli ordinamenti stranieri in materia di *res judicata*. Secondo tale prospettiva – che come detto risente di un’impostazione marcatamente nazionalista – 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 riconosciuta alcuna valenza giuridica autonoma al provvedimento giurisdizionale straniero;
- la teoria della doppia confinazione ammette, invece, la rilevanza della sentenza riconoscenda come 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, si ritiene che ai provvedimenti stranieri non possano essere riconosciuti effetti esorbitanti 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 per forza di cose ontologicamente incompatibile con i valori fondamentali dell’ordinamento ricevente. In secondo luogo, tale impostazione 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 al tempo del processo.

Come si vedrà nel sesto capitolo, lo studio condotto nel presente paragrafo assume particolare rilevanza con riferimento all’individuazione degli effetti preclusivi prodotti dalle decisioni che vengono in rilievo nel corso del

procedimento arbitrale. Laddove, infatti, i provvedimenti in parola promanino da un ordinamento diverso da quello in cui opera il tribunale arbitrale, quest'ultimo sarà tenuto a individuare il modello teorico più adeguato per determinare l'estensione dei relativi effetti preclusivi.

CAPITOLO V

LA NATURA DELL'ARBITRATO COMMERCIALE INTERNAZIONALE: CARATTERISTICHE RILEVANTI 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» per gli scopi del presente studio. – 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 considerate. – 2.3.1. Le norme applicabili al procedimento arbitrale. – 2.3.2. La sanzione legale del lodo.

Prima di procedere all'analisi specifica delle 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 che limiti) 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 essere necessariamente ricondotto 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 sesto capitolo 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, precisare cosa si intenda quando ci si riferisce alla nozione di «arbitrato commerciale internazionale».

Con il termine «arbitrato» si suole indicare il procedimento con il quale due o più parti scelgono di affidare la risoluzione di una loro controversia a uno o più soggetti terzi e imparziali, i quali sono chiamati a rendere una decisione vincolante secondo diritto (o, in certi casi, secondo equità). Con la scelta di tale mezzo di risoluzione delle controversie, peraltro, la disputa è sottratta alla cognizione dei tribunali nazionali.

L'aggettivo «commerciale» non sembra sollevare particolari problemi. Tale locuzione vale, infatti, a distinguere il meccanismo di risoluzione delle controversie tra privati – oggetto di studio nel presente lavoro – dall'arbitrato internazionale in senso stretto e, cioè, quale mezzo di risoluzione delle controversie tra Stati o tra altri soggetti di diritto internazionale pubblico²⁷⁸. 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 privati²⁷⁹.

Appare, invece, più complessa la definizione dell'aggettivo «internazionale».

²⁷⁸ Tanto premesso, salva espressa indicazione contraria, nel presente studio ogni riferimento alla nozione di “arbitrato internazionale” dovrà intendersi come riferito all'arbitrato *commerciale* internazionale.

²⁷⁹ A. REDFERN – M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2004⁴, p. 18.

Sul punto, vengono in rilievo – oltre alle opinioni espresse dalla dottrina – 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 nazionale²⁸⁰. In una tale prospettiva, con tutta evidenza, avrebbe senso parlare unicamente di arbitrato interno e arbitrato estero²⁸¹.

In una prospettiva diametralmente opposta, si potrebbe ritenere che l'aggettivo «internazionale» valga a identificare i procedimenti che non presentino alcun legame con gli ordinamenti statali e siano pertanto riconducibili a un (ipotetico) ordinamento giuridico arbitrale.

In realtà, per gli scopi della nostra 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 è, giustappunto, l'oggetto dell'indagine di questo capitolo. Di queste teorie, pertanto, si darà conto nei successivi paragrafi.

²⁸⁰ F.A. MANN, “*Lex Facit Arbitrum*”, in P. Sanders (a cura di), *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, Martinus Nijhoff, 1967, in particolare p. 159.

²⁸¹ Cfr. *infra* in questo paragrafo.

In questa fase iniziale del nostro studio riteniamo, invece, più utile identificare una definizione che permetta di individuare e descrivere l'insieme delle controversie che ci apprestiamo 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 adottata²⁸². Sulla stessa linea Smit, che definisce l'arbitrato internazionale come quel procedimento che presenti elementi di collegamento con più di uno Stato²⁸³, e Goldman, che qualifica come internazionali le controversie che interessino un «contratto internazionale» ovvero che presentino elementi di transnazionalità con riferimento alla procedura adottata²⁸⁴. 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 – da condursi caso per caso – circa l'effettivo grado di transnazionalità della controversia²⁸⁵. Dal canto suo, Fouchard ammette che – in linea teorica – l'arbitrato si potrebbe qualificare come internazionale in ragione della procedura adottata, ovvero dell'oggetto della controversia. Nell'opinione

²⁸² C. N. FRAGISTAS, "Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé", in *Revue critique de droit international privé*, 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.

²⁸³ H. SMIT, "A-National Arbitration", in *Tulane Law Review*, 63, 1989, pp. 629-630.

²⁸⁴ B. GOLDMAN, "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé", in *Recueil des Cours*, 109, 1963, pp. 362-363.

²⁸⁵ P.A. LALIVE, "Problèmes relatifs a l'arbitrage international commercial", in *Recueil des Cours*, 120, 1967, pp. 580-581. In particolare, secondo Lalive non sarebbe necessario 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.

dell'autore francese, peraltro, 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»²⁸⁶.

Anche la dottrina italiana fornisce una definizione di arbitrato commerciale 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»²⁸⁷. 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»²⁸⁸. 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»²⁸⁹.

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”)²⁹⁰ – non fornisca alcuna definizione della nozione di «arbitrato commerciale

²⁸⁶ P. FOUCARD, “Quand un arbitrage est-il international?”, in *Revue de l'Arbitrage*, 1970, pp. 71.

²⁸⁷ R. LUZZATTO, voce “Arbitrato commerciale internazionale”, in *Digesto Commerciale*, 1987, I, p. 193.

²⁸⁸ A. FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, CEDAM, 2004, pp. 19-22. *Contra* M. RUBINO SAMMARTANO, *International Arbitration Law and Practice*, Kluwer Law International, 2001, pp. 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.

²⁸⁹ P. BERNARDINI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Giuffrè Editore, 2000, p. 4.

²⁹⁰ Al 4 aprile 2018, 159 Stati avevano ratificato la Convenzione di New York.

internazionale». Anzi, a ben considerare, pur a fronte di un impiego del termine in esame nei lavori preparatori²⁹¹ e fatto salvo un riferimento ai lodi arbitrati «*non-domestic*», nel testo della Convenzione di New York non si rinviene la locuzione «arbitrato commerciale internazionale». La Convenzione di New York, infatti, si riferisce unicamente ai lodi arbitrati «stranieri».

A questo proposito, appare opportuno precisare come la nozione di arbitrato «internazionale» non debba confondersi con la nozione di arbitrato «straniero». A norma della Convenzione di New York, il lodo arbitrale straniero è il lodo «reso sul territorio di uno Stato diverso da quello in cui se ne chiede l'esecuzione»²⁹². 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 arbitrale²⁹³.

Una simile definizione non pare adeguata a descrivere il fenomeno dell'arbitrato internazionale. Infatti, può ben darsi che un lodo, sebbene «reso sul territorio» di uno Stato estero, risulti in realtà estraneo al mondo dell'arbitrato internazionale. Così come – in una prospettiva statale – potrebbero esservi lodi «resi sul territorio nazionale», ma all'esito di un procedimento arbitrale «internazionale». In sostanza, la classificazione «arbitrato internazionale/interno»

²⁹¹ 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 arbitrati 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 arbitrati 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 sito web: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_travaux.html.

²⁹² Art. I, Convenzione di New York. Traduzione non ufficiale.

²⁹³ H. STROHBACH, “Towards an International Arbitral Award”, op. cit., 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”, op. cit., p. 5,

risponde a esigenze differenti e opera su un piano diverso rispetto alla classificazione «arbitrato domestico/straniero»²⁹⁴.

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 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 diversi²⁹⁵. 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.

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

²⁹⁴ Cfr. R. LUZZATTO, “L’arbitrato internazionale e i lodi stranieri nella nuova disciplina legislativa italiana”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1994, p. 259; P. BERNARDINI, *L’arbitrato commerciale internazionale*, op. cit., pp. 11 ss.; M. A. LUPOI, “Quel che resta dell’arbitrato con elementi di estraneità”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, p. 1344; M.V. BENEDETTELLI – C. CONSOLO – L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell’arbitrato nazionale e internazionale*, CEDAM, 2017, p. XIX. In senso contrario sembra esprimersi M. RUBINO SAMMARTANO, *International Arbitration Law and Practice*, op. cit., pp. 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.

²⁹⁵ Art. I(1)(a), Convenzione di Ginevra del 1961.

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 Stato²⁹⁶.

Come si evince tanto dai lavori preparatori²⁹⁷ quanto dal digesto pubblicato dal segretariato dell'UNCITRAL²⁹⁸, la Legge Modello UNCITRAL fornisce una definizione decisamente ampia del termine «internazionale». 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 “[e]st 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.

²⁹⁶ Art. 3, comma 1, Legge Modello UNCITRAL.

²⁹⁷ Reperibili all'indirizzo web: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration_/1985_Model_arbitration_travaux.html.

²⁹⁸ 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>.

La scelta del legislatore francese, sulla scia della giurisprudenza anteriore all'introduzione della norma in esame²⁹⁹, 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»³⁰⁰.

Come noto, anche il legislatore italiano del 1994 aveva previsto una disciplina apposita per l'arbitrato commerciale internazionale³⁰¹. In particolare, 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

²⁹⁹ *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*.

³⁰⁰ P. FOUCARD – E. GAILLARD – B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit. nota, pp. 59 ss..

³⁰¹ 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'abrogazione 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», op. cit., pp. 1350 ss..

quanto previsto dal legislatore francese, comportava l'adozione di una nozione estensiva di arbitrato internazionale³⁰².

1.4. Individuazione della nozione di «arbitrato commerciale internazionale» per gli scopi del presente studio

Alla luce di questa pur breve rassegna, per gli scopi della presente trattazione, si ritiene 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 sembra, di fatto, il frutto di una scelta discrezionale operata a livello nazionale o internazionale allo scopo di definire e delimitare il campo di applicazione delle rispettive normative in materia di arbitrato commerciale internazionale³⁰³.

Di contro, la definizione proposta non include alcun riferimento alla procedura adottata dagli arbitri. Concordemente alla dottrina sopra richiamata, si ritiene, infatti, che l'adozione di una procedura c.d. «internazionale» sia la conseguenza e non già il presupposto della qualificazione di una controversia come «internazionale»³⁰⁴.

³⁰² A. BRIGUGLIO, “Chi ha paura dell'arbitrato internazionale?”, in *Rivista dell'arbitrato*, 1998, pp. 721 ss..

³⁰³ In questo senso J.F. POUURET – S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, L.G.D.J., 2002, p. 37.

³⁰⁴ P. FOUCHARD, “Quand un arbitrage est-il international?”, op. cit. nota 286, pp. 71 ss.; A. FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, op. cit. nota 288, pp. 19-22.

2. UN ORDINAMENTO GIURIDICO ARBITRALE?

Una volta chiarito ciò che si intende quanto si parla 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 l'esistenza di un ordinamento arbitrale «anazionale», indipendente e distinto da ogni ordinamento statale, potrebbe avere implicazioni pratiche di notevole rilevanza³⁰⁵. Come evidenziato dalla più attenta dottrina, infatti, la soluzione delle questioni «tecniche» più complesse spesso dipende da come si concepisce o, meglio, ci si rappresenta il fenomeno arbitrale nel suo complesso³⁰⁶.

Segnatamente, per quanto qui interessa, le considerazioni circa la configurabilità di un ordine giuridico autonomo potrebbero incidere sensibilmente 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:

– quanto ai primi – 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 regiudicata. Laddove si potesse affermare una piena indipendenza dell'arbitrato internazionale rispetto agli ordinamenti giuridici nazionali, le regole in tema di effetti di giudicato dei lodi

³⁰⁵ 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*, BRILL, 2014, e da J.D.M. LEW, "Achieving the Dream: Autonomous Arbitration", in *Arbitration International*, 2006, pp. 179-203.

³⁰⁶ E. GAILLARD, "The Representations of International Arbitration", in *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, p. 271-281, spec. p. 272.

arbitrali internazionali dovrebbero ricercarsi (esclusivamente) all'interno dell'ordinamento giuridico arbitrale (di origine o di destinazione). 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 e la loro rilevanza nell'ambito di un altro arbitrato avente sede in un diverso Stato dovrebbe essere valutata in base alle norme di diritto processuale civile internazionale di quest'ultimo ordinamento, alla stregua di 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 è regolata, come si è visto, 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, in conformità alla teoria della doppia confinazione. Qualora s'intenda far valere di fronte a un tribunale arbitrale una decisione resa dal giudice statale, la qualificazione della stessa come «sentenza straniera» – e, di conseguenza, l'individuazione la 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 «straniera» rispetto all'ordinamento in 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 le sentenze «straniere» rispetto all'ordinamento statale di riferimento farebbero sorgere un conflitto positivo di norme in merito agli effetti del giudicato; in questo secondo caso, peraltro, sarebbe opportuno chiedersi se il tribunale arbitrale non sia anche tenuto ad applicare le

norme di diritto processuale civile internazionale previste dall'ordinamento giuridico da cui dipende il procedimento arbitrale.

Appare allora evidente 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 acceso dibattito nella letteratura giuridica degli ultimi decenni³⁰⁷.

³⁰⁷ C. N. FRAGISTAS, "Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé", op. cit., pp. 1-20; F.A. MANN, "*Lex Facit Arbitrum*", op. cit. nota 280; R. LUZZATTO, "International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States", in *Recueil des Cours*, 157, 1977, pp. 9-120; J. PAULSSON, "Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin", in *International and Comparative Law Quarterly*, 30, 1981, pp. 358-387; M. FERRANTE, "About the Nature (National or A-national, Contractual or Jurisdictional) of ICC Awards under the New York Convention", in J.C. Schultz – A.J. Van Den Berg (a cura di), *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration – Liber Amicorum Pieter Sanders*, Kluwer Law, 1982, pp. 129-141; J. JAKUBOWSKI, "Reflections on the Philosophy of International Commercial Arbitration and Conciliation", in J.C. Schultz – A.J. Van Den Berg (a cura di), *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration – Liber Amicorum Pieter Sanders*, Kluwer Law, 1982, pp. 175-188; H. STROHBACH, "Towards an International Arbitral Award", in J.C. Schultz – A.J. Van Den Berg (a cura di), *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration – Liber Amicorum Pieter Sanders*, Kluwer Law, 1982, pp. 305-310; W.W. PARK, "The *Lex Loci Arbitri* and International Commercial Arbitration", in *International and Comparative Law Quarterly*, 32, 1983, pp. 21-52; J. PAULSSON, "Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters", in *International and Comparative Law Quarterly*, 32, 1983, pp. 53-61; H.P. DE VRIES, "International Commercial Arbitration: a Contractual Substitute for National Courts", in *Tulane Law Review*, 57, 1983, pp. 42-79; L. FUMAGALLI, "La legge applicabile al merito della controversia nell'arbitrato commerciale internazionale", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1985, pp. 465-492; E. LOQUIN, "L'application de règles nationales dans l'arbitrage commercial international", in *L'apport de la jurisprudence arbitrale – ICC Publication No. 440/1*, 1986, pp. 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, Springer, pp. 141-148; H. SMIT, "A-National Arbitration", op. cit. nota 283; D. COHEN, *Arbitrage et société*, LGDJ, 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*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1995, pp. 37-46; P. LALIVE, "The Internationalisation of International Arbitration: Some Observations", in M. Hunter – A. Marriott – V.V. Veeder (a cura di), *The Internationalisation of International Arbitration*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1995, pp. 49-58; W.L. CRAIG, "Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial

Molto spesso, peraltro, anche le tesi più simili si differenziano in elementi di dettaglio. Tuttavia, per gli scopi del presente lavoro, sembra possibile ricondurre le diverse rappresentazioni a tre macrocategorie principali, che saranno oggetto di specifica trattazione nel presente paragrafo.

Secondo una prima linea di pensiero, che definiremo «territorialista», il procedimento e il lodo arbitrale ripetono la loro legittimità, se non addirittura la loro stessa esistenza giuridica, da un determinato ordinamento statale,

Arbitration”, in *Texas International Law Review*, 30, 1995, pp. 1-58; P. FOUCHARD – E. GAILLARD – B. GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, Litec, 1996; A. BRIGUGLIO, “Mito e realtà nella denazionalizzazione dell’arbitrato privato”, in *Rivista dell’arbitrato*, 1998, pp. 453-492; A. BRIGUGLIO, *L’arbitrato estero*, CEDAM, 1998; P. SANDERS, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice: a Comparative Study*, Kluwer Law International, 1999; P.J. MCCONNAUGHAY, “The Risks and Virtues of Lawlessness: a ‘Second Look’ at International Commercial Arbitration”, in *Northwestern University Law Review*, 93, 1999, pp. 453-523; R. GOODE, “The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration”, in *Arbitration International*, 17, 2001, pp. 19-39; E. GAILLARD, “Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making”, in *Arbitration International*, 17, 2001, pp. 59-71; A. KASSIS, *L’autonomie de l’arbitrage commercial international*, L’Harmattan, 2005; J.B. RACINE, “Réflexions sur l’autonomie de l’arbitrage commercial international (II. – L’arbitrage, Deuxième Séance)”, in *Revue de l’Arbitrage*, 2005, pp. 305-360; P. MAYER, “Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ? (II. – L’arbitrage, Deuxième Séance)”, in *Revue de l’Arbitrage*, 2005, pp. 361-374; J.D.M. LEW, “Achieving the Dream: Autonomous Arbitration”, op. cit. nota 305; E. GAILLARD, “Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international”, op. cit. nota 305; S. BESSON, “L’Importance du Siège de L’Arbitrage”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2007, p. 107-115; P. LALIVE, “Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international”, in *ASA Bulletin*, 2008, pp. 700-704; E. GAILLARD, “L’ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité”, in *McGill Law Journal*, 55, 2010, p. 896; E. GAILLARD, “The Representations of International Arbitration”, op. cit. nota 306; L. RADICATI DI BROZOLO, “The Impact of National Law and Courts on International Commercial Arbitration Mythology, Physiology, Pathology, Remedies and Trends”, in *Cahiers de l’Arbitrage*, 2011, pp. 663-692; E. GAILLARD, “The Emerging System of International Arbitration: Defining «System»”, in *ASIL Proceedings*, 2012, p. 287-292; J. PAULSSON, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2013; P. MAYER, “La liberté de l’arbitre”, in *Revue de l’Arbitrage*, 2013, pp. 339-365; J. JEMIELNIAK, “Transnationalization of Domestic Law in International Commercial Arbitration through Comparative Analysis: Challenge for Legal Profession”, in *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 2014, pp. 309-340; J.P. ANCEL, “Arbitrage et internationalité. Quelques réflexions et propositions”, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, pp. 17-23; J.M. JACQUET, “Les libertés de l’arbitre international”, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, pp. 311-329; R. MACEDO MOREIRA, “The *Détachement* of International Arbitration: Reflections on the Existence of an Arbitral Order *Détaché*”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2016, p. 68-85; S. KRÖLL, “The Concept of Seat in the New York Convention and the Autonomy of Arbitral Award”, in S.L. BREKOULAKIS – J.D.M. LEW (a cura di), *The Evolution and Future of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2016, pp. 79-96; C. MCLACHLAN, “Are National Courts and International Arbitral Tribunals in Two Worlds or One?”, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2016, pp. 577-595.

generalmente identificato con quello dello Stato in cui è localizzata la «sede» dell'arbitrato.

A mente di un secondo orientamento, che potrebbe definirsi «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 che potremmo definire «autonomista», l'arbitrato commerciale internazionale costituisce un ordinamento giuridico autonomo, separato e indipendente dagli ordinamenti statali. Di conseguenza 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.

2.2.1. La tesi «territorialista»

Ciò che accumuna 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 Mann³⁰⁸. 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 procedimento³⁰⁹.

³⁰⁸ F.A. MANN, “*Lex Facit Arbitrum*”, op. cit. nota 280.

³⁰⁹ 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*”, op. cit. nota

Anzitutto, secondo Mann, la stessa locuzione «arbitrato internazionale» sarebbe fuorviante, poiché:

«In the legal sense no international arbitration exists. Just as, notwithstanding its notoriously misleading name, every system of private international law is a system of national law, every arbitration is a national arbitration, that is to say, subject to a specific system of national law»³¹⁰.

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»³¹¹.

In una concezione spiccatamente positivista, 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

284. 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*, op. cit. nota 307.

³¹⁰ F.A. MANN, "Lex Facit Arbitrum", op. cit. nota 280, p. 159.

³¹¹ *Ibidem*, p. 160.

parties, this is because, and to the extent that, the local sovereign so provides»³¹².

La posizione dell'autore inglese potrebbe apparire oltremodo rigida e, per certi aspetti, anacronistica e per tali ragioni è stata, in effetti, oggetto di aspre critiche³¹³.

Nondimeno, a ben vedere, non appare corretto ridurre la teoria territorialista alle idee espresse ormai più di cinquant'anni orsono da Mann. Negli ultimi decenni, infatti, diversi autori – seppur con argomentazioni diverse e più articolate – hanno sostenuto la tesi che identifica nell'ordinamento giuridico dello Stato sede dell'arbitrato la fonte legale dell'arbitrato³¹⁴.

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 la posizione di chi aveva sostenuto che l'arbitrato commerciale internazionale potesse costituire un sistema giuridico indipendente dagli ordinamenti statali.

La posizione dell'autore è particolarmente interessante, poiché 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,

³¹² *Ibidem*, p. 161.

³¹³ J. PAULSSON, *The Idea of Arbitration*, op. cit. nota 307, p. 45.

³¹⁴ Tra gli altri, R. LUZZATTO, "International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States", op. cit. nota 307; W.W. PARK, "The *Lex Loci Arbitri* and International Commercial Arbitration", op. cit. nota 307, pp. 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", op. cit. nota 307; H.P. DE VRIES, "International Commercial Arbitration: a Contractual Substitute for National Courts", op. cit. nota 307, pp. 71-72; W.L. CRAIG, "Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration", op. cit. nota 307; A. BRIGUGLIO, "Mito e realtà nella denazionalizzazione dell'arbitrato privato", op. cit. nota 307; P. SANDERS, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice: a Comparative Study*, op. cit. nota 307; R. GOODE, "The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration", op. cit. nota 307; J.F. POUURET – S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op. cit. nota 303, pp. 91 ss.; A. REDFERN – M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, op. cit. nota 279, pp. 89-93; S. BESSON, "L'Importance du Siège de L'Arbitrage", op. cit. nota 307.

infatti, innegabile che l'arbitrato si concepisca come un 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 parole «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»³¹⁵.

L'autore si distanzia, 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 o che essa costituisca un adempimento di obbligazioni assunte a livello internazionale, come nel caso della Convenzione di New York del 1958 e della Convenzione di Ginevra del 1961³¹⁶.

³¹⁵ R. LUZZATTO, "International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States", op. cit. nota 307, p. 24.

³¹⁶ In un ulteriore passaggio 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

Benedettelli 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 per ciò stesso 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, nonostante abbiano deferito la soluzione della controversia 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

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.* R. LUZZATTO, “International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States”, op. cit. nota 307, pp. 32-48. In secondo luogo, Luzzatto prende in esame la procedura 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.* R. LUZZATTO, “International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States”, op. cit. nota 307, pp. 49-65. 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.* R. LUZZATTO, “International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States”, op. cit. nota 307, pp. 66 ss..

convenzione arbitrale e il procedimento che ne consegue presentano elementi di contatto»³¹⁷.

Sempre nell'ambito della dottrina italiana, Antonio Briguglio, definisce come «chimera» la configurabilità di un «lodo anazionale», svincolato da ogni legame con gli ordinamenti nazionali. A detta dell'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»³¹⁸.

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 ordinamento giuridico statale, che è il solo in grado di riconoscere un'efficacia giuridicamente vincolante all'accordo delle parti³¹⁹.

Peraltro, sebbene secondo Briguglio la *sanction légale* del lodo debba essere necessariamente ricondotta a un ordinamento statale, ciò non esclude che gli arbitri possano applicare normative non nazionali e, soprattutto, che non siano (sempre)

³¹⁷ Cfr. M.V. BENEDETTELLI, ««Pensiero debole» nell'arbitrato commerciale internazionale e comunitarizzazione del diritto dell'arbitrato», in *Rivista del commercio internazionale*, 2012, pp. 305 ss., spec. pp. 306-307.

³¹⁸ A. BRIGUGLIO, «Mito e realtà nella denazionalizzazione dell'arbitrato privato», op. cit. nota 307, pp. 454-455, in particolare nota 6.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 476.

tenuti ad applicare le norme di conflitto del foro. Questo perché «gli arbitri [...] non sono giudici statuali»³²⁰. 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»³²¹.

La posizione di Briguglio, particolarmente rilevante per la nostra 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»³²².

Particolarmente interessante 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 statale³²³.

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 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.

³²⁰ A. BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero*, op. cit. nota 307, 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”, op. cit. nota 284.

³²¹ A. BRIGUGLIO, “Mito e realtà nella denazionalizzazione dell'arbitrato privato”, op. cit. nota 307, p. 460.

³²² *Ibidem*, pp. 460-461.

³²³ W.L. CRAIG, “Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration”, op. cit. nota 307, p. 18.

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 libertà³²⁴.

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 non toglie che:

*«However, 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».*³²⁵

Anche Jakubowski sostiene che l'arbitrato debba 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 molto ampi e flessibili e consentono alle parti un ragguardevole spazio di autonomia³²⁶

Secondo Sanders, invece, un procedimento completamente denazionalizzato e svincolato da un qualsivoglia ordinamento statale non sarebbe nemmeno

³²⁴ *Ibidem*, p. 28.

³²⁵ *Ibidem*, p. 58.

³²⁶ J. JAKUBOWSKI, “Reflections on the Philosophy of International Commercial Arbitration and Conciliation”, op. cit. nota 307, pp. 178-179.

qualificabile come «arbitrato». L'autore sostiene, infatti, che l'arbitrato può esistere solo laddove questo sia riconosciuto e disciplinato da una legge statale³²⁷.

Redfern e Hunter, peraltro, evidenziano come la teoria territorialista abbia il grande merito di fornire una base giuridica solida all'arbitrato, di guisa che – piuttosto che fluttuare in un ipotetico etere arbitrale – il procedimento risulta saldamente ancorato a un ordinamento giuridico nazionale, che ne assicura il corretto svolgimento³²⁸.

La tesi territorialista ha trovato sostegno anche nella dottrina svizzera. Besson fa notare come l'accordo compromissorio non abbia alcun valore giuridico intrinseco, per il sol fatto che esprime la volontà delle parti. Al contrario, esso rileva solo nella misura in cui un ordinamento statale ne riconosca la validità e la legittimità giuridica³²⁹. 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 a quanto previsto dalla Convenzione di New York del 1958³³⁰. 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*»³³¹.

³²⁷ P. SANDERS, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice: a Comparative Study*, op. cit. nota 307, p. 248. In tale occasione, peraltro, l'autore riprende l'opinione da lui già sostenuta più dettagliatamente 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, pp. 205-296.

³²⁸ A. REDFERN – M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, op. cit. nota 279, pp. 92.

³²⁹ S. BESSON, "L'Importance du Siège de L'Arbitrage", op. cit. nota 307, p. 110.

³³⁰ *Ibidem*, p. 113-114.

³³¹ *Ibidem*, p. 115. Nello stesso senso, M.V BENEDETTELLI, "Sull'arbitrato societario internazionale", in *Rivista dell'Arbitrato*, 2017, pp. 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».

A fronte di quanto fin qui considerato, appare utile riassumere sinteticamente le conclusioni più rilevanti della teoria territorialista:

- (1) 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;
- (2) Il fondamento giuridico di ogni arbitrato è da ricercarsi nell'ordinamento dello Stato in cui ha sede l'arbitrato, in particolare:
 - (a) L'ordinamento giuridico dello Stato in cui ha sede l'arbitrato attribuisce valore giuridicamente vincolante all'accordo compromissorio;
 - (b) Il procedimento arbitrale è regolato dalla legge arbitrale dello Stato in cui ha sede l'arbitrato, con la precisazione che:
 - La gran parte dei legislatori 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;
 - 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;
 - Questo, tuttavia, non consente di considerare la pratica arbitrale alla stregua di un ordinamento giuridico autonomo e indipendente dagli ordinamenti giuridici statali.
 - (c) 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 inderogabili 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 aver 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 tutti gli altri Stati, rendendo la decisione *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 c.d. teoria 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.

Secondo tale rappresentazione, pertanto, l'arbitrato è «delocalizzato», in quanto la legittimazione giuridica dello stesso può derivare da una molteplicità di ordinamenti e non soltanto dalla legge dello Stato in cui ha sede il procedimento³³².

Pur ammettendo che l'arbitrato non possa esistere al di fuori di un sistema giuridico statale, infatti, si sostiene che tutti gli ordinamenti che in qualche modo entrino in contatto con il procedimento arbitrale – specialmente in fase di esecuzione – siano egualmente titolati a riconoscerne l'efficacia giuridica³³³.

Secondo tale concezione, la legittimazione del procedimento arbitrale è riconosciuta solo *ex post*, in sede di riconoscimento o esecuzione del lodo. Ogni

³³² Ovvero, come suggerisce Paulsson, «plurilocalizzato».

³³³ 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», op. cit. nota 307, p. 85.

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 Paulsson³³⁴, sulla scorta di una famosa pronuncia della Corte di 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 avesse avuto sede a Parigi³³⁵.

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 atto 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 ad 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

³³⁴ J. PAULSSON, "Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin", op. cit. nota 307; J. PAULSSON, "Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters", op. cit. nota 307; J. PAULSSON, "The Extent of Independence of International Arbitration from the Law of the *Situs*", op. cit. nota 307; J. PAULSSON, *The Idea of Arbitration*, op. cit. nota 307.

³³⁵ *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 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 *Revue de l'Arbitrage*, 1985, pp. 431 ss.; *Cour de Cassation*, 23 marzo 1994, *Hilmarton Ltd. v. Omnium de Traitement et de Valorisation*, in *Revue de l'Arbitrage*, 1994, pp. 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).

in modo diverso tale fenomeno e, pertanto, possono prevedere conseguenze giuridiche differenti³³⁶.

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. All'opposto, tuttavia, 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 origine³³⁷.

Un secondo argomento portato a sostegno della tesi pluralista fa leva sui criteri che normalmente accompagnano la scelta della sede dell'arbitrato. I fautori della tesi pluralista sostengono come, molto spesso, la scelta dello Stato in cui porre la sede dell'arbitrato sia «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 procedimento³³⁸.

³³⁶ J. PAULSSON, "Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin", op. cit. nota 307, p. 363.

³³⁷ J. PAULSSON, "The Extent of Independence of International Arbitration from the Law of the *Situs*", op. cit. nota 307, p. 142, in particolare: "One notes that the Convention does not say 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*, op. cit. nota 307, p. 77, secondo cui durante i lavori della Conferenza il termine "may" non fu mai discusso.

³³⁸ J. PAULSSON, "Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters", op. cit. nota 307, pp. 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

Tuttavia, per ipotesi, la legge arbitrale dello Stato indicato 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. Con tutta evidenza, una simile conseguenza frustrerebbe la volontà delle parti, che avevano selezionato quel dato ordinamento proprio in ragione di una sua (presunta) maggiore neutralità. Di conseguenza, è stato suggerito come in simili casi il giudice dello Stato in cui è richiesta l'esecuzione del lodo possa non tener conto dell'annullamento del lodo nel paese di origine, ma valuti, invece, la regolarità della procedura alla luce dei criteri previsti dal proprio ordinamento³³⁹.

Pur non adducendo alcuna obiezione teorica alla rappresentazione in esame, Mayer osserva 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 basterà ottenere l'annullamento del lodo nello Stato di origine, ma sarà, altresì, tenuta a presentare opposizione in tutti gli Stati in cui controparte intende portare in esecuzione la decisione annullata. Ciò, con tutta evidenza, oltre a produrre un considerevole aggravio delle spese legali, pone un serio rischio di contrasto di giudicati e fa, pertanto, dubitare della bontà della soluzione proposta dai fautori della teoria pluralista³⁴⁰.

presunta maggiore neutralità, ciò comporta che queste (o – meglio – 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”, op. cit. nota 307, p. 32.

³³⁹ J. PAULSSON, “Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters”, op. cit. nota 307, 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. FOUCHARD, “La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine”, in *Revue de l’arbitrage*, 1997, pp. 329 ss..

³⁴⁰ P. MAYER, “The Trend Towards Delocalisation in the Last 100 Years”, op. cit. nota 307, p. 46. Peraltro, anche Paulsson ha considerato il rischio di contrasto di giudicati, derivante dalla «multilocalizzazione» dell'arbitrato. Secondo l'autore, se si dovesse arrivare a considerare il giudice

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»³⁴¹.

Alla luce di quanto considerato, sembra utile sintetizzare le conclusioni della tesi pluralista:

- (1) 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;
- (2) Il fondamento giuridico dell'arbitrato può individuarsi (*ex post*) nell'ordinamento di ogni Stato che entra in contatto con il procedimento arbitrale, in particolare:
 - (a) L'ordinamento giuridico dello Stato in cui ha sede l'arbitrato è uno dei diversi ordinamenti (ma non l'unico) che possono attribuire un valore giuridicamente vincolante all'arbitrato commerciale internazionale;
 - (b) Il procedimento arbitrale è sostanzialmente regolato dalle norme individuate dalle parti o dagli arbitri;
 - (c) L'ordinamento giuridico dello Stato in cui è richiesto il riconoscimento o l'esecuzione del lodo attribuisce valore giuridicamente vincolante (c.d.

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, *de lege ferenda*, 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", op. cit. nota 307, p. 384.

³⁴¹ J. PAULSSON, *The Idea of Arbitration*, op. cit. nota 307. In tale opera, peraltro, Paulsson non manca di criticare le tesi proposte dalla dottrina francese, definendole "dreamy" e "self-contradictory". Secondo Paulsson, infatti, l'arbitrato commerciale internazionale costituisce sì un ordinamento giuridico, ma secondo l'accezione fornita da 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, *cfr.* S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, 1946². Diversamente da quanto sostenuto dai fautori della tesi autonomista, come vedremo, 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 quale pluralista in senso verticale.

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.

Secondo la prospettiva pluralista, pertanto, il tribunale arbitrale non è (necessariamente) tenuto ad applicare le regole 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 nel rispetto dei 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, peraltro, non si può non considerare 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»*

Secondo il modello «autonomista», l'arbitrato commerciale internazionale costituisce un ordinamento giuridico autonomo, separato e indipendente dagli ordinamenti statali. Pertanto, il fondamento giuridico di ogni singolo procedimento arbitrale non è garantito da un ordinamento giuridico statale, che sia quello dello Stato in cui il procedimento ha la sua 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 particolare, ha trovato largo seguito nella dottrina francese³⁴². Da ultimo, la teoria «autonomista» è stata compiutamente sistematizzata da Emmanuel Gaillard³⁴³.

I fautori della teoria autonomista muovono anzitutto una dura critica nei confronti della 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 sol fatto che la sede del procedimento sia localizzata in quello Stato. In particolare, Gaillard sostiene che, in un mondo in cui l'arbitrato è considerato sempre più quale mezzo di risoluzione delle controversie commerciali internazionali, l'approccio territorialista risulta arcaico e inadeguato³⁴⁴.

Secondo la tesi in esame, pertanto, l'arbitrato commerciale internazionale costituirebbe un ordine giuridico autonomo. 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 è

³⁴² B. GOLDMAN, “Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé”, op. cit. nota 284; F. RIGAUX, “Souveraineté des Etats et arbitrage transnational”, in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982; D. COHEN, *Arbitrage et société*, LGDJ, 1993; T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001; P. FOUCHARD – E. GAILLARD – B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit. nota 307; J.B. RACINE, “Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international (II. – L'arbitrage, Deuxième Séance)”, op. cit. 307; P. LALIVE, “Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international”, op. cit. nota 305; J.P. ANCEL, “Arbitrage et internationalité. Quelques réflexions et propositions”, op. cit. nota 307. 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”, op. cit. nota 307.

³⁴³ E. GAILLARD, “Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international”, op. cit. nota 307. 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”, op. cit. nota 307; E. GAILLARD, “The Representations of International Arbitration”, op. cit. nota 307; E. GAILLARD, “The Emerging System of International Arbitration: Defining «System»”, op. cit. nota 307.

³⁴⁴ E. GAILLARD, “Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international”, op. cit. nota 307, p. 89.

strettamente necessario che le regole che costituiscono l'ordine arbitrale siano accolte dall'unanimità degli ordinamenti statali. Sarebbe, infatti, sufficiente identificare la tendenza prevalente nella collettività dei sistemi nazionali. In questo senso, l'ordinamento arbitrale sarebbe in costante e dinamico sviluppo³⁴⁵.

Un siffatto insieme di regole, secondo l'autore francese, presenterebbe tutti i connotati tipici di un ordinamento giuridico e, segnatamente: soggetti e organi propri dell'ordinamento arbitrale che assicurino l'implementazione delle norme arbitrali³⁴⁶, un insieme strutturato, completo e coerente di norme³⁴⁷, la capacità di concepire le proprie fonti³⁴⁸ e, infine, un alto grado di effettività³⁴⁹.

³⁴⁵ *Ibidem*, pp. 102-108. Una simile ricostruzione, come già indicato alla nota 341, è stata duramente criticata da Paulsson. Diversamente da Paulsson e da Racine, che accolgono una nozione ampia di ordinamento giuridico sulla scorta dell'opera di 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.

³⁴⁶ E. GAILLARD, "L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité", op. cit. nota 307, pp. 898-899. 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 i «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 essere «soggetti» dell'ordinamento arbitrale solo a seguito di una loro libera scelta in tal senso. Allo stesso modo, sembra difficile definire gli arbitri come «organi» dell'ordinamento arbitrale. Si tratta, infatti, di giudici privati non precostituiti. Il loro potere giurisdizionale deriva – sempre e soltanto – dalla volontà delle parti. Diversamente dai giudici nazionali, 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.

³⁴⁷ E. GAILLARD, "L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité", op. cit. nota 307, pp. 897-898; E. GAILLARD, "The Emerging System of International Arbitration: Defining «System»", op. cit. nota 307, p. 288. 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 ovvio, è uno strumento di diritto internazionale,

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 arbitrale³⁵⁰.

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 arbitrale³⁵¹.

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 domestiche. Essa è rivolta anzitutto agli Stati e vincola solo indirettamente i tribunali arbitrali. *Cfr.* 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*, Kluwer Law, 1982, pp. 39–49. La Legge Modello UNCITRAL costituisce un efficace modello per le i legislatori nazionali, ma non è direttamente applicabile in arbitrato; essa, infatti, rileverà 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 arbitrale. *Cfr.* G. KAUFMANN-KOHLER, "Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity", in *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, pp. 1-17. Peraltro, secondo Racine, l'ordine giuridico arbitrale non presenterebbe una coerenza e completezza interna paragonabile a quella degli ordinamenti giuridici nazionali. Tuttavia, secondo l'autore, il metro di paragone non dovrebbe essere la legge statale, quanto piuttosto il diritto internazionale, con particolare riferimento al diritto consuetudinario. *Cfr.* J.B. RACINE, "Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international (II. – L'arbitrage, Deuxième Séance)", *op. cit.* nota 307, p. 337.

³⁴⁸ E. GAILLARD, "L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité", *op. cit.* nota 307, p. 898.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 899. Gaillard riporta i dati di uno studio eseguito 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 UNIVERSITY OF LONDON, "2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration".

³⁵⁰ E. GAILLARD, "Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international", *op. cit.* nota 307, pp. 121 ss.

³⁵¹ E. GAILLARD, "Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international", *op. cit.* nota 307, pp. 162. 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

Quanto poi agli effetti della decisione resa del tribunale arbitrale, secondo Gaillard il lodo deve concepirsi quale atto di natura privata, cui è conferito (o negato) un valore giuridicamente vincolante 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 un valore giuridicamente vincolante³⁵².

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 necessaria un (nuovo) processo di cognizione avente ad oggetto il merito della controversia. Tuttavia, perché si possano produrre tali effetti, si ritiene che al lodo debba essere attribuita – anche implicitamente – una sanzione legale da parte di un ordinamento giuridico (pubblico) statale.

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”, op. cit. nota 307, p. 18.

³⁵² E. GAILLARD, “Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international”, op. cit. nota 307, pp. 184 ss.. Non si può mancare di evidenziare come tale soluzione, per quanto conforme alla giurisprudenza francese già richiamata alla nota 335, 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 costituisca motivo di diniego del riconoscimento o dell'esecuzione.

In sostanza, anche i più convinti e audaci sostenitori della teoria autonomista riconoscono che si rende, in ogni caso, necessario un c.d. «*jurisdictional landing*» del lodo in un ordinamento giuridico statale³⁵³.

In sintesi, pertanto, a mente della teoria autonomista, l'arbitrato commerciale internazionale costituisce un ordine giuridico autonomo e separato rispetto agli ordinamenti giuridici statali e, di conseguenza:

- (1) L'ordinamento giuridico arbitrale definisce e regola il valore vincolante dell'accordo compromissorio;
- (2) Il procedimento arbitrale è regolato da norme appartenenti all'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. In una tale prospettiva, le norme dello Stato in cui ha sede l'arbitrato svolgono un ruolo meramente sussidiario;
- (3) Il lodo arbitrale è un atto di natura privata, a 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. Cionondimeno, pur a fronte di un generale accoglimento da parte della dottrina

³⁵³ Secondo la felice espressione utilizzata da Benedettelli in occasione del convegno "Arbitrato e Impresa", che si è tenuto presso l'Università di Milano in data 8-9 febbraio 2018.

giuridica d'oltralpe, ad oggi la rappresentazione in esame appare decisamente minoritaria – se non addirittura sconosciuta – nel diritto positivo degli Stati³⁵⁴.

2.3. Considerazioni in merito alle diverse rappresentazioni considerate

Non è certo lo scopo di questo lavoro dimostrare l'esistenza (o l'inesistenza) di un ordinamento giuridico arbitrale. Nondimeno, secondo chi scrive, il tentativo di classificare il fenomeno arbitrale in categorie rigide e dai confini ben definiti si risolve, il più delle volte, in un mero esercizio speculativo.

Nella realtà dei fatti, l'arbitrato internazionale si presenta come un fenomeno liquido, difficilmente riconducibile a un prototipo standard. Come efficacemente rilevato da attenta dottrina, infatti, ogni controversia presenta aspetti 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, a seconda di una pluralità di elementi, quali, ad esempio, la nazionalità delle parti o degli arbitri, nonché le vicende che interessano la relazione commerciale sottesa alla controversia. In definitiva, la transnazionalità dell'arbitrato si presenta sempre secondo un diverso grado d'intensità³⁵⁵.

Peraltro, come ricordato da Gaillard, le diverse teorie in merito alla natura dell'arbitrato costituiscono rappresentazioni mentali che, in quanto tali, non sono né «giuste», né «sbagliate», ma definiscono l'atteggiamento con il quale i diversi

³⁵⁴ Cfr. G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, op. cit. nota 62, p. 1589.

³⁵⁵ V. HEISKANEN, "And/Or/ The Problem of Qualification in International Arbitration", in *Arbitration International*, 2010, pp. 441-466, 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 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».

interpreti si approcciano alle problematiche dell'arbitrato commerciale internazionale³⁵⁶.

Per tali ragioni, agli scopi del nostro studio appare opportuno soffermarsi brevemente sulle diverse prospettive suggerite dai modelli teorici presi in esame con riferimento al processo di individuazione delle norme applicabili al procedimento arbitrale, nonché al 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 ci si potrebbe aspettare.

Come già osservato, secondo la prospettiva territorialista, sebbene la disciplina del procedimento arbitrale dipenda dalle disposizioni contenute nella legge arbitrale dello Stato in cui ha sede l'arbitrato, nei fatti la grande maggioranza dei legislatori nazionali ha assunto un atteggiamento spiccatamente liberale, riservando alle parti e agli arbitri un ampio margine di autonomia nella scelta delle norme, anche non statali, applicabili al procedimento³⁵⁷. Secondo tale rappresentazione, i limiti dell'autonomia privata variano a seconda della legge arbitrale applicabile. Tuttavia, la possibilità per le parti di individuare la sede del procedimento arbitrale, combinata con il sempre più diffuso atteggiamento di favore nei confronti della volontà delle parti, garantisce alle parti e agli arbitri ampie possibilità di scelta.

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 necessaria³⁵⁸. In linea generale, infatti, il procedimento sarà

³⁵⁶ E. GAILLARD, "The Representations of International Arbitration", op. cit. nota 307, p. 273.

³⁵⁷ Cfr. *supra* p. 148. In particolare, W.L. CRAIG, "Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration", op. cit. nota 307, p. 18.

³⁵⁸ J.D.M. LEW, "Achieving the Dream: Autonomous Arbitration", op. cit. nota 307, p. 196.

regolato dalle norme indicate dalle parti e, in loro assenza, da quelle individuate dal tribunale arbitrale³⁵⁹.

Nonostante la diversità di premesse, pertanto, il risultato cui pervengono le diverse rappresentazioni è nel senso di un'effettiva emancipazione dell'arbitrato dalle norme procedurali dello Stato in cui ha sede il procedimento³⁶⁰. In particolare, più che un'uniformità di regole procedurali, l'elemento caratteristico dell'arbitrato sembrerebbe identificarsi con l'ampio spazio di autonomia riconosciuto alle parti³⁶¹.

Di conseguenza, 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 sarà generalmente tenuto a rispettare la loro volontà.

Laddove le parti non abbiano raggiunto un accordo in merito alla legge applicabile al procedimento arbitrale, o – come più spesso accade – le regole concordate non affrontino direttamente la particolare problematica all'esame del collegio arbitrale, tanto le leggi arbitrali statali³⁶² quanto i regolamenti predisposti dalle istituzioni arbitrali³⁶³ 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 suo pieno arbitrio; per quanto gli arbitri non possano considerarsi alla stregua di giudici statali³⁶⁴ – e, pertanto, non siano chiamati a svolgere una funzione pubblica

³⁵⁹ Cfr. *supra* pp. 153 e 159.

³⁶⁰ L. 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*, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 92-93; F. DE LY, "The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning", in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 12, 1991, p. 68.

³⁶¹ 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.

³⁶² Art. 816-*bis* cod. proc. civ. italiano, art. 1509 cod. proc. civ. francese, Art. 34 UK Arbitration Act 1996.

³⁶³ Art. 22(2) delle Regole Arbitrali ICC, Art. 14 delle Regole Arbitrali LCIA, Art. 2(1) del Regolamento CAM, Art. 17 UNCITRAL Arbitration Rules.

³⁶⁴ Cfr. A. BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero*, op. cit. nota 307, p. 24.

nell'interesse della collettività –, essi esercitano pur sempre una funzione giurisdizionale, in cui deve essere garantita l'attuazione del giusto processo. 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* – quali, ad esempio, le linee guida elaborate dalla «*International Bar Association*» o dalla «*International Law Association*» – 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 né dalla scelta delle parti – potrebbe rivelarsi inopportuna e, in ogni caso, produrrebbe un eccessivo irrigidimento della procedura, a tutto svantaggio della duttilità che caratterizza l'arbitrato internazionale³⁶⁵.

Tuttavia, qualora la lacuna nella legge individuata dalle parti non si riferisca ad aspetti prettamente procedurali – e cioè riferibili alla modalità di conduzione della procedura – ma pur sempre a questioni di natura processuale quali, ad esempio, le problematiche che riguardano l'ammissibilità e la procedibilità delle

³⁶⁵ 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. Derains, *Liber Amicorum Serge Lazareff*, 2011, p. 564: «*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, Juris, 2015, pp. 107-126; U. DRAETTA, "The Transnational Procedural Rules for Arbitration and the Risks of Overregulation and Bureaucratization", in *ASA Bulletin*, 2015, pp. 327-342; W.W. PARK, "The Procedural Soft Law of International Arbitration: Non-governmental Instruments" in in J.D.M. Lew – L.A. Mistelis, *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006, 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", op. cit. nota 347, pp. 16-17.

domande presentate dalle parti, appare quantomeno discutibile che il collegio individui le norme applicabili per mezzo di scelte discrezionali. In questi casi si ritiene generalmente che gli arbitri debbano fare riferimento alla legge del luogo in cui ha sede il procedimento, anche se la dottrina non ha mancato di criticare tale scelta³⁶⁶. In effetti, è bene ricordare come, in mancanza di valide alternative, anche nella prospettiva pluralista e nella prospettiva autonomista non si escluda l'applicabilità – quantomeno in via sussidiaria – delle norme processuali dello Stato in cui ha sede l'arbitrato.

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 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 soccombente³⁶⁷.

Tuttavia, affinché le stesse possano produrre effetto al di fuori dell'arbitrato – sia esso inteso come fenomeno sociale ovvero come ordinamento giuridico autonomo – si rende necessario un riconoscimento ad opera di (almeno) un ordinamento giuridico statale.

Tanto nella prospettiva territorialista, quanto in quella pluralista e autonomista, gli Stati sono liberi di stabilire le condizioni cui assoggettare il

³⁶⁶ L. RADICATI DI BROZOLO, voce "International Commercial Arbitration" op. cit. nota 360, pp. 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.

³⁶⁷ E. GAILLARD, "L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité", op. cit. nota 307, p. 899.

riconoscimento e l'esecuzione dei lodi, nel rispetto dei vincoli previsti dalla Convenzione di New York del 1958 con riferimento alle decisioni arbitrali rese «sul territorio» di un altro Stato.

In definitiva, la sanzione legale del lodo – che sia intesa vincolatività giuridica della decisione e non soltanto nel senso di un generico obbligo di dare esecuzione spontanea a quanto stabilito dagli arbitri – risiede sempre in un ordinamento giuridico nazionale.

CAPITOLO VI

RES JUDICATA E 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». – 3.2.1.1. Analisi del contenuto delle Raccomandazioni ILA. – 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. Soluzione proposta – 4.1. La qualificazione delle questioni sollevate dall'invocazione di una precedente decisione nel procedimento arbitrale. – 4.2. La soluzione delle questioni di giudicato che sottendono una contestazione della giurisdizione del tribunale arbitrale. – 4.3. La soluzione delle questioni di giudicato che rilevano ai fini dell'ammissibilità della domanda. – 4.3.1. Possibili conseguenze dell'errata applicazione della teoria della *res judicata*. – 4.3.2. Possibilità di adottare un approccio differenziato per la soluzione delle problematiche sollevate dal giudicato in arbitrato. – 4.3.3. L'effetto di *res judicata* delle sentenze. – 4.3.4. L'effetto di *res judicata* dei lodi arbitrali. – 4.4. Considerazioni conclusive in merito alla soluzione proposta.

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

Per individuare le possibili soluzioni alle complesse problematiche che emergono con riferimento al tema oggetto del presente studio, appare anzitutto opportuno individuare le ipotesi in cui potrebbero sorgere questioni di giudicato all'interno del procedimento arbitrale.

Come si è detto nel precedente capitolo, il fenomeno dell'arbitrato commerciale internazionale ha assunto nel tempo sempre maggior rilevanza, tanto da essere oramai riconosciuto quale mezzo tipico per la risoluzione delle controversie commerciali transnazionali³⁶⁸. 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 moltiplicazione 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.

Per gli scopi del presente lavoro, appare utile classificare le ipotesi in cui potrebbero sorgere questioni di giudicato nel corso della procedura arbitrale in ragione di tre distinte variabili³⁶⁹.

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 una sentenza emanata da giudici statali (*a*), ovvero di un lodo arbitrale (*b*). In questo secondo caso, peraltro, si potrebbe trattare di un lodo *definitivo*, reso all'esito di un diverso procedimento arbitrale, oppure di un lodo *parziale*, reso nel corso della medesima procedura, dagli stessi arbitri che si trovano a valutarne gli effetti di giudicato.

³⁶⁸ 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.

³⁶⁹ 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", in *Revue de l'Arbitrage*, 2016, pp. 51-75, spec. P. 54.

In secondo luogo, assume rilevanza il contenuto della sentenza o del lodo fatto valere in giudizio dalle parti. Tale precedente decisione potrebbe, 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;
- (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 dal medesimo ordinamento giuridico entro cui opera il secondo tribunale arbitrale (*i.*), ovvero da un diverso ordinamento giuridico (*ii.*).

A tali scopi, con tutta evidenza, assume rilievo decisivo la rappresentazione dell'arbitrato commerciale internazionale adottata dall'interprete. A mente della teoria territorialista il tribunale arbitrale opera nell'ambito dell'ordinamento dello Stato in cui ha sede la procedura³⁷⁰. Di conseguenza, secondo 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

³⁷⁰ Cfr. *supra* pp. 139 ss..

da tribunali non aventi la medesima sede dovrebbero, invece, qualificarsi come decisioni straniere. Al contrario, nella prospettiva autonomista l'arbitrato commerciale internazionale costituisce un ordinamento giuridico autonomo e indipendente rispetto ai diversi ordinamenti nazionali³⁷¹, 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 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, contenuto e provenienza della decisione –, si comprende anche come non sia raro che sorgano questioni di giudicato nel corso del procedimento arbitrale³⁷²; in tali ipotesi gli arbitri saranno chiamati a individuare le norme applicabili al giudicato e, 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 come la corretta definizione dei limiti del giudicato nell'ambito della procedura arbitrale non si riduca a una questione d'interesse meramente teorico, ma assuma una notevole rilevanza pratica, occorre interrogarsi

³⁷¹ Cfr. *supra* pp. 154 ss..

³⁷² Tuttavia, come specificato *infra* a pp. 206 ss., non tutte le ipotesi individuate nel presente paragrafo richiedono l'applicazione della teoria della *res judicata*.

circa le possibili soluzioni alle complesse problematiche che emergono nell'individuazione della disciplina applicabile. A tale scopo, è anzitutto opportuno 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.

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, non si deve dimenticare che l'arbitrato è un mezzo di risoluzione delle controversie di natura privata e, di conseguenza, molto spesso non vi è alcuna necessità di divulgare l'esito della lite. 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 percorso argomentativo seguito dal tribunale arbitrale, soprattutto con riferimento alla soluzione delle questioni di natura processuale.

Ad ogni modo, dall'analisi dei pochi lodi disponibili sul tema oggetto del presente studio non emerge una pratica arbitrale coerente e generalmente condivisa che permetta di identificare con certezza le norme applicabili alle questioni di giudicato che sorgono nel corso della procedura arbitrale³⁷³.

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

³⁷³ 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*, op. cit. nota 4, p. 15.

decisione. È, peraltro, opportuno evidenziare come, tra i lodi disponibili, non ve ne sia 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 giudicato³⁷⁴. In realtà molto spesso, data la coincidenza tra la sede del primo e del secondo procedimento³⁷⁵, non è agevole comprendere a quale criterio di collegamento abbia 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

³⁷⁴ È questo l'orientamento tenuto dal tribunale arbitrale nei casi ICC 2745 e 2762 del 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. DERAIS, *Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*, Kluwer, Paris, 1990, pp. 325 ss.. Soluzione identica è stata adottata anche nel lodo ICC n. 3540 del 1988 – 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”, *op. cit.* nota 373, pp. 18-19 –, nel caso ICC n. 5901 del 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”, *op. cit.* nota 373, 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 del 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.* *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XXXV, 2010, pp. 158-167.

³⁷⁵ Circostanza abbastanza normale laddove le procedure si fondino sul medesimo accordo arbitrale. *Cfr.* lodo ICC n. 7438 del 1997, riportato in D. HASCHER, “L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales”, *op. cit.* nota 373, pp. 18-19; lodo CRCICA n. 67 del 1995 – dove si è fatto ricorso alla legge egiziana, che, peraltro, era anche la legge applicabile al merito della controversia – riportato in S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, Oxford University Press, 2016, p. 153, spec. nota 215.

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 controversia³⁷⁶, ovvero dall'ordinamento espressamente indicato dalle parti³⁷⁷.

Di particolare rilievo per il presente studio sono due lodi, nei quali i rispettivi tribunali arbitrali hanno espressamente escluso la possibilità di adottare un approccio autonomo – suggerito da strumenti di carattere transnazionale, come le “*ILA Recommendations on Res Judicata and Arbitration*”³⁷⁸ – 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 arbitrali UNCITRAL. La procedura arbitrale, che coinvolgeva un attore di nazionalità statunitense e un convenuto di nazionalità 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 prospettazione 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

³⁷⁶ Cfr. lodo ICC n. 6293 del 1990, riportato da D. HASCHER, “L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales”, op. cit. nota 373, 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.

³⁷⁷ Cfr. lodo ICC n. 10027 del 2000, riportato da D. HASCHER, “L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales”, op. cit. nota 373, 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.

³⁷⁸ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, “Recommendations on *Res Judicata* and Arbitration”, Resolution no. 1/2006, Annex 2, di seguito anche “*ILA Recommendations*”. Per una trattazione più approfondita, cfr. *infra* pp. 191 ss..

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*»³⁷⁹.

Nel caso ICC n. 13808 del 2008³⁸⁰, 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 assenza di espressa indicazione delle parti – ammesso e non concesso che l'autonomia privata possa definire il regime legale dell'efficacia preclusiva e conclusiva di una decisione –, queste ultime non potessero

³⁷⁹ Lodo non pubblicato, riportato da K. HOBÉR, “*Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*”, op. cit. nota 19, pp. 261-262.

³⁸⁰ Lodo non pubblicato, riportato in L. RADICATI DI BROZOLO, “*Res Judicata*”, in P. Tercier (a cura di), *Post Award Issues, ASA Special Series no. 38*, Juris, New York, 2011, pp. 139-140.

sicuramente trovare applicazione, in quanto mere raccomandazioni, sfornite 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 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 una qualsivoglia 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 del 1977³⁸¹. 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 primo lodo, escludeva l'efficacia preclusiva e conclusiva dello stesso, in ragione

³⁸¹ Lodo non pubblicato, riportato in B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, op. cit. nota 4, pp. 252-253.

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 del 1991³⁸² 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 l'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 preclusivi³⁸³. Difficilmente il ricorso ai principi generali in

³⁸² Cfr. *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XVII, 1992, pp. 186-211.

³⁸³ Anche se, come si è visto, gli ordinamenti di tradizione anglosassone ampliano notevolmente l'ambito di applicazione del giudicato facendo ricorso alla nozione di *privity*, cfr. *supra* pp. 86 ss..

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 del 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 parti³⁸⁴.

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 decisione³⁸⁵.

Ancor più esplicito è il ragionamento del tribunale arbitrale nel procedimento ICC n. 13509³⁸⁶. In tale occasione, l'attore invocava un precedente lodo, reso all'esito di un procedimento cui aveva preso parte il convenuto. Sebbene la sede di

³⁸⁴ S. JARVIN – Y. DERAIS, *Collection of ICC Arbitral Awards (1986-1990)*, Kluwer, Paris, 1994, pp. 43-45.

³⁸⁵ Riportato in D. HASCHER, "L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales", op. cit. nota 373, 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.

³⁸⁶ Cfr. *Journal du droit international*, 2008, pp. 1204 ss..

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 giudicato³⁸⁷, il tribunale arbitrale non attribuiva peso decisivo a «*le détail des règles françaises*», ma unicamente ai principi fondamentali dell’ordinamento in questione.

Nei casi passati in rassegna³⁸⁸, gli arbitri hanno rifiutato – per lo più in modo implicito – la meccanica applicazione 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 nell’individuazione delle regole utili a delimitare l’estensione oggettiva e soggettiva degli effetti del giudicato.

³⁸⁷ Peraltro, come osserva Radicati di Brozolo, il ricorso al concetto di «*règles matérielles*» da parte degli autori d’oltralpe molto spesso non indica 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”, op. cit. nota 380, p. 142.

³⁸⁸ Un approccio autonomo ai problemi del giudicato può essere individuato anche nel lodo ICC n. 3383 del 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. DERAÏNS, *Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*, op. cit. nota 374 – e nel lodo ICC n. 4126 del 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. S. JARVIN – Y. DERAÏNS, *Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*, op. cit. nota 374 –. 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.

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 che guidino l'interprete nell'individuazione delle norme applicabili al giudicato all'interno della procedura arbitrale.

Come si è visto, in molti casi i tribunali arbitrali hanno dimostrato una preferenza per l'applicazione delle norme processuali dello Stato della sede dell'arbitrato nell'ambito del quale si voleva far valere gli effetti di giudicato della precedente decisione; ciò è avvenuto soprattutto nei casi in cui la controversia o la procedura presentavano un collegamento particolarmente stretto con l'ordinamento in questione. In altre ipotesi, invece, i tribunali arbitrali hanno adottato un approccio più flessibile, considerando inopportuna 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 si sono illustrate in apertura di paragrafo, infatti, le scelte operate dai tribunali arbitrali appaiono per lo più 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 compito degli arbitri è anzitutto quello di risolvere le specifiche vertenze sottoposte alla loro cognizione e non, invece, di enunciare principi giuridici di valenza generale. Spetta, invece, alla dottrina ricostruire in modo compiuto le ragioni che possano supportare l'approccio più adeguato nell'individuazione 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 negli ultimi decenni di grande attenzione da parte degli studiosi. Ciò è dimostrato non soltanto dalla copiosa mole di letteratura giuridica in materia³⁸⁹, ma altresì dallo studio condotto dal comitato

³⁸⁹ R.G. SHELL, "Res Judicata and Collateral Estoppel Effects of Commercial Arbitration", in *UCLA Law Review*, 1988, pp. 623-676; R.W. HULBERT, "Arbitral Procedure and the Preclusive Effect of Awards in International Commercial Arbitration", in *International Tax & Business Lawyer*, 1989, 7, pp. 155-201; P. SANDERS, "Rethinking Arbitral Preclusion", in *Law and Policy in International Business*, 1992, pp. 101-121; V. LOWE, "Res Judicata and the Rule of Law in International Arbitration", in *African Journal of International and Comparative Law*, 1996, pp. 38-50; B. HANOTIAU, "Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues - An Analysis", in *Journal of International Arbitration*, 2001, 18, 3, pp. 253-360; D. HOWELL, "Issue Estoppel Arising out of Foreign Interlocutory Court Proceedings in International Arbitration", in *Journal of International Arbitration*, 2003, 20, 2, pp. 153-168; D. HASCHER, "L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales", op. cit. nota 373; P. MAYER, "Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international", in *Liber Amicorum Claude Reymond*, Litec, 2004, pp. 185-203; S.P. WOOLHOUSE, "The Effect of an Arbitration Award on Subsequent Arbitration between Different Parties: an English Law Perspective", in *International Arbitration Law Review*, 2004, 7, 5, pp. 150-156; B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, op. cit. nota 4; M. BEELEY – H. SERIKI, "Res judicata: recent developments in arbitration", in *International Arbitration Law Review*, 2005, pp. 111-116; 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, Volume 3, Kluwer Law International 2005, pp. 219-242; C. SÖDERLUND, "Lis Pendens, Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings", in *Journal of International Arbitration*, 2005, 22, 4, pp. 301-322; J. WONG, "Court or Arbitrator: Who Decides Whether Res Judicata Bars Subsequent Arbitration under the Federal Arbitration Act", in *Santa Clara Law Review*, 2005, 46, 1, pp. 49-92; 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 *Revue de l'Arbitrage*, 2006, pp. 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 Journal of International Law*, 2006, pp. 549-596; N. GALLAGHER, "Parallel Proceedings, Res Judicata and Lis Pendens: Problems and Possible Solutions", op. cit. nota 4; D. BENSUADE, "The International Law Association's Recommendations on Res Judicata and Lis Pendens in International Commercial Arbitration", in *Journal of International Arbitration*, 2007, 24, 4, pp. 415-422; 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*, Manz, 2007, pp. 127-162; R. ALFORD, "The «Transnational Approach» of 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, pp. 91-113; 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 Bernardo Cremades*, Wolters Kluwer – La Ley, 2010, pp. 1131-1145; E. LOQUIN, “De l’obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l’arbitrage”, in *Revue de l’Arbitrage*, 2, 2010, pp. 201-233; 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”, op. cit. nota 380; C. ROOD, “Conflicts of Procedure Between Courts and Arbitral Tribunals with Particular Reference to the Right of Access to Court”, in *African Journal of International and Comparative Law*, 2011, pp. 236-282; P.J. MARTINEZ-FRAGA – H.J. SAMRA, “The Role of Precedent in Defining Res Judicata in Investor-State Arbitration”, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2012, pp. 419-450; 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: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2012, pp. 357-412; G.L. WALTERS, “Fitting a Square Peg into a Round Hole Do Res Judicata Challenges in International Arbitration Constitute Jurisdictional or Admissibility Problems?”, in *Journal of International Arbitration*, 2012, pp. 651-680; P. MAYER, “Conflicting Decisions in International Commercial Arbitration”, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2013, 4, 2, pp. 407-419; 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*, Manz, 2014, pp. 329-341; R. NAZZINI, “Remedies at the Seat and Enforcement of International Arbitral Awards: *Res Judicata*, Issue Estoppel and Abuse of Process in English Law”, in *Asia Arbitration Journal*, 2014, pp. 139-164; 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 CI Arb Roebuck lecture”, in *Arbitration*, 2014, pp. 273-281; K. HOBÉR, “*Res Judicata* and *Lis Pendens* in International Arbitration”, op. cit. nota 19; B. BERGER, “No Force of Res Judicata for an Award’s Underlying Reasoning”, in *ASA Bulletin*, 3, 2015, pp. 642-657; T. CHILDS, “Enforcement of International Arbitral Awards: Should a Party Be Allowed Multiple Bites at the Apple?”, in *American Review of International Arbitration*, 2015, pp. 269-278; V.N GHOSH, “An uncertain shield: *res judicata* in arbitration”, in *Arbitration International*, 2015, pp. 661-668; K.S. HARISANKAR, “Annulment versus enforcement of international arbitral awards: does the New York Convention permit issue estoppel?”, in *International Arbitration Law Review*, 2015, 18, 3, pp. 47-53; S. SIME, “Res judicata and ADR”, in *Civil Justice Quarterly*, 2015, 34, 1, pp. 35-51; 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, pp. 742-779; S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, op. cit. nota 4; C. SERAGLINI, “Le droit applicable à l’autorité de la chose jugée dans l’arbitrage”, op. cit. nota 369; P. CALLE, “L’autorité de la chose jugée et les tiers”, in *Revue de l’Arbitrage*, 2016, pp. 77-90; P. MAYER, “L’autorité de chose jugée des sentences entre les parties”, in *Revue de l’Arbitrage*, 2016, pp. 91-105; C. DEBOURG, “L’autorité de chose jugée des décisions relatives à la compétence arbitrale”, in *Revue de l’Arbitrage*, 2016, pp. 127-164; C. JARROSSON, “L’autorité de chose jugée des décisions relatives à l’indépendance des arbitres”, in *Revue de l’Arbitrage*, 2016, pp. 165-182; 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 *Revue de l’Arbitrage*, 2016, pp. 183 – 217; P. PINSOLLE – S. AL ALI, “How Arbitrators Should Treat Prior Awards Rendered on the Same Contract”, in *Indian Journal of Arbitration Law*, 2016, V, 2, pp. 43-54; P. HOVAGUIMIAN, “The Res Judicata Effects of Foreign Judgments in Post-Award Proceedings: To Bind or Not to Bind?”, in *Journal of International Arbitration*, 2017, 34, 1, pp. 79-106; N. YAFFE, “Transnational Arbitral Res Judicata”, in *Journal of International Arbitration*, 2017, 34, 5, pp. 795-834; N. ZAUGG, “Objective scope of *res judicata* of arbitral awards – Is there room for discretion?”, in *ASA Bulletin*, 2017, 2, pp. 319-333.

per l'arbitrato commerciale internazionale della *International Law Association*, culminato nel 2006 con la 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 pensiero³⁹⁰. Nello specifico, una dottrina minoritaria afferma la necessità di individuare una norma di conflitto che rinvii alle regole processuali di fonte statale applicabili in materia di *res judicata*. All'opposto, la dottrina maggioritaria suggerisce di adottare un approccio autonomo nella definizione dell'ambito di efficacia di una precedente decisione all'interno della procedura arbitrale. A tale scopo, come si vedrà, alcuni autori hanno tentato di elaborare una serie di regole transnazionali dirette a risolvere le problematiche sollevate dalla teoria del giudicato nell'arbitrato commerciale internazionale³⁹¹. Come si avrà modo di apprezzare, le due posizioni appena menzionate si fondano su premesse marcatamente difformi, non soltanto con riguardo alla qualificazione della teoria della *res judicata*, quanto soprattutto con riferimento alla ricostruzione del fenomeno arbitrale.

Si rende allora opportuno analizzare sinteticamente le posizioni espresse dalla dottrina, evidenziando in particolare le criticità che – nella prospettiva del presente studio – suggeriscono la ricerca di una diversa soluzione alle problematiche che

³⁹⁰ L'unico dato incontrovertibilmente accettato dall'unanimità della dottrina è che la teoria della *res judicata* deve (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", op. cit. nota 389, pp. 191; R.D. GORDON, "Only One Kick at the Cat: a Contextual Rubric for Evaluating *Res Judicata* and Collateral Estoppel in International Commercial Arbitration", op. cit. nota 389, pp. 572 ss.. Ciò, peraltro, appare coerente con quanto evidenziato nel capitolo I, allorché si è definito il giudicato come attributo necessario e irrinunciabile dell'esercizio dell'attività giurisdizionale, *cfr. supra* pp. 5 ss..

³⁹¹ 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 guisa 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", op. cit. nota 389.

emergono nell'applicazione della teoria della *res judicata* 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 arbitrali³⁹² – 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 origine statale. Nello specifico, 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 arbitrale³⁹³.

³⁹² K. HOBÉR, “*Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*”, op. cit. nota 19, pp. 258-259; R. ALFORD, “The «Transnational Approach» of the ILA Recommendations on Res Judicata and Arbitration”, op. cit. nota 389; A.C. HAHN, “The Award and the Courts, Res Judicata as a Challenge for Arbitral Tribunals”, op. cit. nota 389; N. ZAUGG, “Objective scope of *res judicata* of arbitral awards – Is there room for discretion?”, op. cit. nota 389; 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*, CEDAM, 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*, riconoscono come allo stato dell'arte i tribunali arbitrali non possano che applicare norme processuali di fonte statale, *cf.* A. SHEPPARD, “*Res Judicata and Estoppel*”, op. cit. nota 389, p. 231; C. SERAGLINI, “Le droit applicable à l'autorité de la chose jugée dans l'arbitrage”, op. cit. nota 369, p. 75.

³⁹³ 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*.

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 decisione³⁹⁴. A titolo di esempio, laddove nel corso di una procedura arbitrale con sede a Milano sia invocato un lodo reso da un tribunale arbitrale con sede a Zurigo, gli arbitri sarebbero chiamati ad applicare le norme processuali dell'ordinamento italiano al fine di determinare l'ambito di efficacia della precedente decisione. Allo stesso modo, laddove di fronte al medesimo tribunale arbitrale sia fatta valere una sentenza resa dal giudice inglese, l'estensione degli effetti preclusivi e conclusivi del giudicato dovrebbe comunque essere valutata alla luce delle norme processuali italiane.

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 fori* (*rectius*, della *lex loci arbitri*)³⁹⁵.

³⁹⁴ 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", op. cit. nota 19, p. 287.

³⁹⁵ R. ALFORD, "The «Transnational Approach» of the ILA Recommendations on Res Judicata and Arbitration", op. cit. nota 389; 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", op. cit. nota 389, 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", op. cit. nota 369, 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*

Tale impostazione sembra fondarsi sulla qualificazione del giudicato come questione di natura processuale. Per quanto si è detto nel primo capitolo, tale impostazione appare corretta; 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, poiché preclude al secondo giudice la cognizione di quanto già deciso nel precedente procedimento³⁹⁶. Per tale ragione, sembra corretto escludere l'applicabilità della *lex contractus*.

Allo stesso modo – fatto salvo il caso, più unico che raro, in cui le parti abbiano specificato al momento della conclusione dell'accordo arbitrale gli effetti preclusivi e conclusivi che devono essere attribuiti 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'arbitrato³⁹⁷.

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 *Revue de l'Arbitrage*, 2016, p. 104.

³⁹⁶ Come si è detto, ciò vale anche gli effetti positivi del giudicato: è solo perché risulta impedito un nuovo pronunciamento in merito ai diritti già oggetto di giudicato che, nei procedimenti che interessino diritti dipendenti, il giudice dovrà attenersi alla decisione resa con riferimento al rapporto pregiudiziale, cfr. *supra* p. 11. *Contra cfr.* S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, op. cit. nota 4, pp. 180-182.

³⁹⁷ 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 che negli ultimi decenni 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*, op. cit. nota 62, 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*

In tale prospettiva, a titolo d'esempio, laddove nel corso di una procedura arbitrale con sede a Milano sia invocato un lodo reso all'esito di un precedente arbitrato con sede a Roma, per delimitare l'ambito di efficacia della decisione il tribunale arbitrale sarebbe tenuto ad applicare le norme processuali sul giudicato 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 straniero rispetto all'ordinamento giuridico in cui si svolge l'arbitrato, vengono in rilievo considerazioni di carattere pragmatico. Come si vedrà meglio nei successivi paragrafi, la teoria della *res judicata* assume in diversi ordinamenti 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'eseguibilità anche negli altri ordinamenti³⁹⁸. Se è vero che la missione degli arbitri è anzitutto quella di rendere una decisione valida e idonea a produrre effetti, 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.

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 che imponga, in modo chiaro e incontrovertibile, l'applicazione

“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».

³⁹⁸ 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.

delle regole processuali dell'ordinamento in cui ha sede la procedura. Come detto, in linea teorica potrebbero venire in rilievo diverse leggi nazionali; nessun ordinamento giuridico, tuttavia, presenta di per sé 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 Stati³⁹⁹.

Una seconda ragione che milita a sfavore dell'applicazione della *lex loci arbitri* – logicamente connessa a quanto si è appena detto – è che molto spesso l'individuazione della sede dipenderebbe da una scelta «fortuita» o, nella migliore delle ipotesi, dettata dall'intento di identificare un ordinamento giuridico neutrale, che, cioè, non presenti alcun reale collegamento con la controversia o con le parti⁴⁰⁰. 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, 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 arbitrale⁴⁰¹. Le regole elaborate a livello nazionale si interessano per lo più di descrivere l'ambito di efficacia delle sentenze rese dai giudici statali; di conseguenza, una loro trasposizione automatica all'arbitrato potrebbe non essere sempre praticabile e il più delle volte risulterebbe inopportuna in ragione delle notevoli differenze che intercorrono tra il processo civile e la procedura arbitrale⁴⁰².

³⁹⁹ P. MAYER, "Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international", op. cit. nota 389, p. 187; L. RADICATI DI BROZOLO, "Res Judicata", op. cit. nota 380, p. 132; S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, op. cit. nota 4, p. 183; P. PINSOLLE – S. AL ALI, "How Arbitrators Should Treat Prior Awards Rendered on the Same Contract", op. cit. nota 389, p. 51; N. YAFFE, "Transnational Arbitral Res Judicata", in *Journal of International Arbitration*, op. cit. nota 389, p. 804.

⁴⁰⁰ P. MAYER, "Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international", op. cit. nota 389; L. RADICATI DI BROZOLO, "Res Judicata", op. cit. nota 380, p. 132. Tali argomentazioni, peraltro, sembrano riecheggiare quanto affermato da Paulsson, *cf.* nota 338.

⁴⁰¹ P. MAYER, "Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international", op. cit. nota 389, p. 186; L. RADICATI DI BROZOLO, "Res Judicata", op. cit. nota 380, p. 131; S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, op. cit. nota 4, p. 184

⁴⁰² L. RADICATI DI BROZOLO, "Res Judicata", op. cit. nota 380, p. 131; S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, op. cit. nota 4, p. 184; C. SERAGLINI, "Le droit applicable à l'autorité de la chose jugée dans l'arbitrage", op. cit. nota 369, pp. 64-65.

Per quanto simili obiezioni provengano dalla più autorevole dottrina, nell'opinione di chi scrive esse non paiono interamente condivisibili e, in ogni caso, non sembrano cogliere il vero aspetto problematico dell'applicazione delle regole processuali della sede dell'arbitrato.

Quanto alle prime due obiezioni, la loro validità dipende in buona sostanza dalla concezione del fenomeno arbitrale adottata dall'interprete. In ogni caso, tuttavia, 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 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 transazionali che si sono affermate all'interno della pratica arbitrale. Nondimeno, anche secondo tale prospettiva la legge della sede dell'arbitrato può essere chiamata a svolgere un ruolo sussidiario, quantomeno laddove non sia possibile individuare regole proprie dell'ordinamento arbitrale. In secondo luogo, l'affermazione secondo cui la scelta della sede dell'arbitrato sarebbe per lo più «fortuita» o, nella migliore delle ipotesi, dettata dall'intento di individuare un ordinamento giuridico neutrale e che, per queste ragioni, 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 visto nel quinto capitolo, 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 concreto⁴⁰³. 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

⁴⁰³ Come detto, infatti, ogni controversia presenta sempre un grado diverso di transnazionalità, *cf.* V. HEISKANEN, "And/Or/ The Problem of Qualification in International Arbitration", *op. cit.* nota 355, p. 454.

tale ordinamento, le parti hanno in ogni caso espresso una chiara preferenza a favore dell'ordinamento della sede⁴⁰⁴.

Quanto, infine, alla terza obiezione, se è vero che generalmente le leggi arbitrali statali non prevedono alcuna disciplina specifica in merito agli effetti preclusivi e conclusivi dei lodi arbitrali, si è visto nel terzo capitolo come in realtà l'ambito di efficacia di tali decisioni sia sostanzialmente equiparato a quello delle sentenze rese dai giudici nazionali⁴⁰⁵. Nondimeno, non si può negare che la trasposizione delle norme processuali previste con riferimento agli effetti di giudicato delle sentenze statali, se caricata di un eccessivo formalismo, potrebbe rivelarsi effettivamente problematica. A titolo di esempio, si è visto come tanto nell'ordinamento francese quanto in quello tedesco sia attribuita efficacia di cosa giudicata unicamente alle statuizioni contenute nel dispositivo della decisione. Un'applicazione rigorosa di tale regola potrebbe creare problemi nei casi in cui il lodo presentasse una struttura diversa dalla sentenza statale e, ad esempio, non fosse suddiviso in parte motiva e parte dispositiva. Nondimeno, un simile approccio non sarebbe comunque corretto. Nel secondo capitolo si è visto come le differenze che sussistono tra i diversi ordinamenti nazionali nella definizione dell'ambito di efficacia oggettiva e soggettiva del giudicato riflettano un diverso bilanciamento tra i principi e i valori contrastanti che vengono in rilievo in materia di giudicato. Per rimanere nell'esempio, la limitazione degli effetti oggettivi del giudicato al solo contenuto della parte operativa della decisione rispecchia il particolare valore attribuito all'interno di tali ordinamenti al principio dispositivo e alla tutela del diritto di difesa. Nulla impedisce all'arbitro di enucleare gli elementi essenziali della disciplina nazionale e applicare le regole sul giudicato in modo pragmatico e realistico, confinando, nell'esempio, l'ambito di efficacia della

⁴⁰⁴ 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*, op. cit. nota 62, 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* nota 338; R. GOODE, "The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration", op. cit. nota 307, p. 32.

⁴⁰⁵ *Cfr. supra* pp. 93 ss..

decisione alle sole domande espressamente formulate dalle parti e decise in occasione della prima procedura⁴⁰⁶.

Nondimeno, anche secondo chi scrive l'automatica applicazione delle norme processuali dello Stato ove ha sede la procedura arbitrale in cui è invocata 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 in materia di giudicato dell'ordinamento in cui ha sede la seconda procedura. Tale approccio non sembra tener conto delle problematiche che emergono laddove il provvedimento giurisdizionale di cui si considerano gli effetti provenga da un ordinamento diverso rispetto a quello entro cui opera il tribunale arbitrale. Se, a titolo di esempio, un tribunale arbitrale con sede a Milano fosse chiamato a valutare l'ambito di efficacia di una sentenza resa dal giudice inglese, a mente dell'approccio in esame si dovrebbero applicare le norme processuali italiane in materia di giudicato. Tuttavia, come si è visto nel quarto capitolo⁴⁰⁷, nell'ordinamento italiano si ammette l'estensione degli effetti originari del provvedimento straniero e, pertanto, nella medesima situazione il giudice italiano avrebbe fatto ricorso alle regole sul giudicato accolte all'interno dell'ordinamento inglese. In una simile ipotesi, il tribunale arbitrale sarebbe allora più realista del re; gli arbitri, infatti, finirebbero per applicare le norme processuali dell'ordinamento della sede anche nei casi in cui i giudici di detto Stato farebbero ricorso a una diversa disciplina.

3.2. Approccio autonomo e sviluppo di regole transnazionali in materia di giudicato

La dottrina maggioritaria – in considerazione delle differenze che sussistono nella disciplina del giudicato a livello nazionale – evidenzia come l'applicazione delle norme processuali di origine statale porterebbe a una frammentazione della

⁴⁰⁶ Come, peraltro, suggerito da Seraglini, *cfr.* C. SERAGLINI, “Le droit applicable à l'autorité de la chose jugée dans l'arbitrage”, *op. cit.* nota 369, p. 65.

⁴⁰⁷ *Cfr. supra* pp. 113 ss.

regolamentazione della *res judicata* all'interno dell'arbitrato. Tale risultato si porrebbe in contrasto con le esigenze di certezza del diritto e uniformità di disciplina, esponendo 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 suggerisce l'adozione di un approccio autonomo e auspica l'elaborazione di norme *ad hoc* per la delimitazione degli effetti della *res judicata* nell'arbitrato commerciale internazionale⁴⁰⁸. Peraltro, la grande maggioranza della dottrina non si spinge oltre tale 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 commerciali internazionali sarebbero chiamati ad applicare al giudicato.

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

⁴⁰⁸ D. HASCHER, "L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales", op. cit. nota 373; P. MAYER, "Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international", op. cit. nota 389; A. SHEPPARD, "Res Judicata and Estoppel", op. cit. nota 389; 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", op. cit. nota 389; D. BENSUAUDE, "The International Law Association's Recommendations on Res Judicata and Lis Pendens in International Commercial Arbitration", op. cit. nota 389; F. KREMSLEHNER, "The Arbitration Procedure - Lis pendens and res judicata in International Commercial Arbitration", op. cit. nota 389; E. LOQUIN, "De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage", op. cit. nota 389; J.L. RADICATI DI BROZOLO, "Res Judicata", op. cit. nota 380; 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", op. cit. nota 389; S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, op. cit. nota 4; C. SERAGLINI, "Le droit applicable à l'autorité de la chose jugée dans l'arbitrage", op. cit. nota 369; P. MAYER, "L'autorité de chose jugée des sentences entre les parties", op. cit. nota 389; P. PINSOLLE – S. AL ALI, "How Arbitrators Should Treat Prior Awards Rendered on the Same Contract", op. cit. nota 389; N. YAFFE, "Transnational Arbitral Res Judicata", op. cit. nota 389.

l'attenzione nei due anni seguenti⁴⁰⁹. Nel 2006 – in occasione della 72° Conferenza della *International Law Association* – veniva presentato un report finale⁴¹⁰, 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”)⁴¹¹.

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 prospettiva 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 domestico⁴¹².

Peraltro, 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 terzi⁴¹³.

⁴⁰⁹ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, “Interim Report: «*Res Judicata*» and Arbitration”, Berlin Conference, 2004, (di seguito, “Report Preliminare”).

⁴¹⁰ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, “Final Report on *Res Judicata* and Arbitration”, Toronto Conference, 2004 (di seguito, “Report Finale”).

⁴¹¹ 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>.

⁴¹² INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, “Final Report on *Res Judicata* and Arbitration”, para. 10-11.

⁴¹³ *Ibidem*, para. 5, 7.

3.2.1.1. *Analisi del contenuto delle Raccomandazioni ILA*

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 primo capitolo, la definitività e vincolatività della decisione è attribuito intrinseco e necessario di ogni esercizio dell'attività giurisdizionale⁴¹⁴.

La seconda raccomandazione, invece, dispone che l'estensione degli effetti di giudicato del lodo arbitrale non deve essere regolata necessariamente da norme di fonte statale, ma, al contrario, possa essere disciplinata da regole transnazionali, applicabili all'arbitrato commerciale internazionale. Tale affermazione – evidentemente meno pacifica – riflette l'approccio autonomo suggerito dalle Raccomandazioni ILA al tema oggetto del presente studio. Nel Report Finale, infatti, si illustra come:

«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 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»⁴¹⁵.

Come riconosciuto dallo stesso Comitato, tali affermazioni non rispecchiano quanto stabilito dalle leggi arbitrali statali, che, come si è visto, riconoscono ai lodi arbitrali resi all'interno del territorio nazionale i medesimi effetti di giudicato attribuiti alle sentenze rese dai giudici statali⁴¹⁶. Cionondimeno, si evidenzia come l'eventuale applicazione di norme nazionali comporterebbe la necessità di

⁴¹⁴ Cfr. *supra* p. 5.

⁴¹⁵ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, "Final Report on *Res Judicata* and Arbitration", para. 25.

⁴¹⁶ Cfr. *supra* pp. 93 ss.

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 processuale⁴¹⁷.

Le successive raccomandazioni racchiudono le regole transnazionali che 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 sembra essere accolta dalle Raccomandazioni ILA – l'annullamento del lodo nel paese d'origine non sia necessariamente impeditivo del riconoscimento dei suoi effetti in altri ordinamenti⁴¹⁸. 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*

⁴¹⁷ 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, il rispetto del principio dispositivo.

⁴¹⁸ D. BENSUADE, "The International Law Association's Recommendations on *Res Judicata* and *Lis Pendens* in International Commercial Arbitration", op. cit. nota 389, pp. 418-419. *Cfr. supra*, nota 335.

relying on the same evidence which are necessary to give rise to a right to relief»⁴¹⁹. Come evidenziato da attenta dottrina, pertanto, non dovrebbero venire in rilievo le nozioni accolte a livello nazionale dai diversi ordinamenti⁴²⁰.

La quarta e quinta raccomandazione si interessano dell'ambito di efficacia oggettiva del giudicato. In particolare, gli effetti preclusivi e conclusivi dei lodi all'interno di un successivo procedimento arbitrale si estendono 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».

Le Raccomandazioni ILA, pertanto, rigettano espressamente l'impostazione restrittiva accolta in seno agli ordinamenti di *civil law*, a beneficio di una ben più ampia nozione 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 anche la trattazione delle questioni di fatto o di diritto non dibattute e decise nel primo procedimento, a condizione che la loro riproposizione integri una condotta abusiva⁴²¹.

La sesta e la settima raccomandazione, infine, provvedono la disciplina processuale per la proposizione dell'eccezione di giudicato. In particolare, sulla

⁴¹⁹ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, "Final Report on *Res Judicata* and Arbitration", para. 43, spec. nota 109.

⁴²⁰ 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", op. cit. nota 389, p. 772.

⁴²¹ 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 di natura privata che emergono con riferimento alla teoria della *res judicata*.

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 nel primo momento 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 monografica di Schaffstein rappresenta il tentativo 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 internazionale⁴²². In questa sede, pur non essendo possibile fornire un'analisi dettagliata dell'opera, è comunque opportuno riportare in modo sintetico i punti salienti delle argomentazioni proposte in quella che è stata definita una «pietra miliare per la comprensione e lo studio» della teoria del giudicato in arbitrato⁴²³.

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

⁴²² 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 389 si sono per lo più limitati a una trattazione sintetica e, per certi aspetti, parziale delle complesse questioni teoriche e pratiche sollevate dall'applicazione della teoria della *res judicata* all'interno della procedura arbitrale. Con ciò non si vuole certo sottovalutare il notevole valore scientifico di tali studi. Più semplicemente si intende evidenziare come – trattandosi nella maggior parte dei casi di articoli accademici – gli autori non abbiano 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.

⁴²³ F. PONZANO, “La *res judicata* nell'arbitrato commerciale internazionale: note a margine della monografia di Silja Schaffstein”, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2017, pp. 181-190.

internazionale⁴²⁴. Allo stesso modo, dalla disanima della pratica dei tribunali arbitrali non sembra potersi trarre alcuna prassi consolidata, utile a individuare le norme applicabili alle questioni di *res judicata* in arbitrato⁴²⁵.

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: a) approccio «discrezionale»; b) approccio «conflittuale»; c) approccio «comparatistico»; d) approccio «transnazionale»⁴²⁶. Ritenendo non soddisfacenti i primi tre approcci per le ragioni che si sono già in parte illustrate⁴²⁷ e sulla scorta di una ricostruzione del fenomeno arbitrale dichiaratamente ispirata alla teoria «autonomista» propugnata da Gaillard⁴²⁸, 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 per 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 statale⁴²⁹. Infatti, secondo Schaffstein:

⁴²⁴ Cfr. S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, op. cit. nota 4, pp. 60-63.

⁴²⁵ *Ibidem*, pp. 152-171.

⁴²⁶ *Ibidem*, pp. 174-188.

⁴²⁷ Per le ragioni indicate *supra*, alla nota 391, 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 gli approcci *sub a)* e *d)*. Per le ragioni che saranno illustrate nel prosieguo della trattazione, infatti, la (asserita) discrezionalità del tribunale arbitrale sembra costituire in realtà il presupposto per l'adozione di un approccio transnazionale.

⁴²⁸ Cfr. S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, op. cit. nota 4, pp. 191-201.

⁴²⁹ *Ibidem*, 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, Kluwer Law International, 1986, pp. 258-318.

«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»⁴³⁰.

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, nella prospettiva suggerita dall'autrice, nell'adesione alla teoria della 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 arbitrale⁴³¹.

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*⁴³². In sostanza, quindi, all'interno della procedura

⁴³⁰ 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».

⁴³¹ S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, op. cit. nota 4, pp. 216-220.

⁴³² 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, *cf. ibidem* p. 243.

arbitrale troverebbero sicuramente applicazione tanto l'istituto della «*issue estoppel*»⁴³³ quanto la dottrina dell'«*abuse of process*»⁴³⁴.

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 ogniqualvolta siano state rese nel rispetto di eventuali accordi compromissori e all'esito di un procedimento conforme ai canoni del giusto processo⁴³⁵. Quanto ai lodi arbitrali, invece, gli stessi potrebbero ritenersi definitivi e vincolanti ai fini del giudicato laddove non siano più passibili d'impugnazione nell'ordinamento della sede della procedura⁴³⁶.

In conclusione del suo studio, Schaffstein propone un insieme di principi e regole transnazionali, (asseritamente) applicabili dai tribunali arbitrali internazionali laddove sorgano questioni di *res judicata*, che, seppur ispirate al contenuto delle Raccomandazioni ILA, ne dettagliano maggiormente il contenuto e ne estendono notevolmente il campo di applicazione⁴³⁷.

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

⁴³³ Fatta eccezione per i casi in cui le questioni preliminari decise dal giudice statale rientrino nell'ambito di giurisdizione del tribunale arbitrale, *cfr. ibidem*, pp. 241-247 e 284-286.

⁴³⁴ *Ibidem*, pp. 247-252 e 286-287.

⁴³⁵ In linea di principio, tuttavia, 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. ibidem*, pp. 230-235.

⁴³⁶ *Ibidem*, 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", *op. cit.* nota 423, p. 189.

⁴³⁷ In particolare, le regole proposte da Schaffstein dovrebbero applicarsi tanto alle sentenze quanto ai lodi arbitrali fatti valere nel corso della procedura arbitrale.

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 appaiono condivisibili.

In primo luogo, risulta contestabile 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 processuali)⁴³⁸. Sulla base di tale presupposto, si osserva come al tribunale arbitrale sia generalmente attribuito il potere di condurre il procedimento nel modo ritenuto più opportuno⁴³⁹ e, di conseguenza, nulla vieterebbe l'applicazione di norme di carattere transnazionale. Tuttavia, come si è visto nel primo capitolo, la *res judicata* rileva sul piano processuale quale condizione per la ricevibilità della domanda o quale presupposto processuale negativo per l'instaurazione del giudizio. In altre parole, la soluzione delle problematiche sollevate dal giudicato non incide sulle modalità di conduzione della procedura, ma, più radicalmente, sulla possibilità stessa di esercitare il potere giurisdizionale. Per tale ragione, normalmente gli effetti preclusivi e conclusivi del giudicato vincolano non soltanto le parti, ma anche il giudice⁴⁴⁰. In tale prospettiva, è quantomeno opinabile che agli arbitri sia attribuito un potere

⁴³⁸ S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, op. cit. nota 4, pp. 194; INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, "Interim Report: *Res Judicata* and Arbitration", p. 26, lett. E).

⁴³⁹ S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, op. cit. nota 4, pp. 214: «international arbitrators may apply transnational *res judicata* rules because [...] they may generally conduct the procedure as they deem appropriate».

⁴⁴⁰ Cfr. *supra* pp. 45 ss..

discrezionale nell'individuazione della disciplina applicabile in materia di *res judicata*.

Peraltro, anche volendo accedere a una simile tesi, nulla vieterebbe al tribunale arbitrale di applicare norme di origine statale. Tale approccio, a titolo d'esempio, potrebbe 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. In effetti, la *International Law Association* non esclude totalmente 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 statale⁴⁴¹. Al contrario, secondo Schaffstein, il ricorso alle regole nazionali in materia 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 si giustifica unicamente in forza di una ricostruzione del fenomeno arbitrale come autonomo e indipendente rispetto agli ordinamenti giuridici nazionali, sulla scorta delle teorie – tutt'altro che pacifiche – elaborate dalla dottrina francese e, in particolare, da Gaillard. Nondimeno, il metodo utilizzato per individuare i principi e le regole di carattere transnazionale applicabili alla *res judicata* non appare coerente con quanto proposto dai 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 nazionali⁴⁴².

Anche Lalive osserva come:

«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

⁴⁴¹ Cfr. para. 2, Raccomandazioni ILA.

⁴⁴² E. GAILLARD, “Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international”, op. cit. nota 307, pp. 102-108.

principles, either common to all the parties (including States) concerned by a given case, or universal»⁴⁴³.

Orbene, una delle poche certezze che sembrano potersi ricavare dall'analisi comparata delle discipline statali in materia di giudicato è che non è possibile individuare 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 è possibile elaborare regole di carattere transnazionale che forniscano una disciplina autonoma dell'ambito di operatività della *res judicata* nel contesto arbitrale. Nondimeno, Schaffstein ricava i principi (in tesi) applicabili al giudicato dalla considerazione della natura e delle caratteristiche fondamentali dell'arbitrato 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*». Tale metodo, tuttavia, non è scevro da contraddizioni; 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 transnazionali presupporrebbe una concezione unitaria in merito alla 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 punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze che vengono in rilievo dipende da scelte di politica legislativa compiute a livello di ogni singolo ordinamento ed è influenzata, in buona parte, dal modo di concepire il processo⁴⁴⁴.

Che l'arbitrato commerciale internazionale sia improntato a criteri di efficienza e di economia della procedura sembra essere una verità difficilmente

⁴⁴³ P. LALIVE, “Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”, op. cit. nota 429, para. 152.

⁴⁴⁴ Cfr. *supra*, pp. 15 ss., spec. nota 29.

contestabile. Altrettanto incontrovertibile, tuttavia, è la pregnanza che assume in tale contesto il rispetto del diritto al contraddittorio⁴⁴⁵. Con ciò non si vuole certo dire che l'adozione di una nozione «ampia» di giudicato costituisca 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 peso maggiore rispetto alla piena tutela del contraddittorio appare una petizione di principio difficilmente giustificabile.

Peraltro, se si volessero davvero elaborare regole di carattere transnazionale a partire dalle caratteristiche essenziali dell'arbitrato, potrebbero assumere rilievo anche considerazioni affatto diverse rispetto a quelle proposte da 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 cognizione.

Come suggerito da attenta dottrina, peraltro, 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 vedersi precluse future argomentazioni⁴⁴⁶.

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

⁴⁴⁵ Come riconosciuto da autorevole dottrina, 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, *cf.* M.V. BENEDETTELLI, "Human rights as a litigation tool in international arbitration: reflecting on the ECHR experience", in *Arbitration International*, 2015, 31, pp. 631-659; S. BESSON, "Arbitration and human rights", in *ASA Bulletin*, 2006, pp. 395-416.

⁴⁴⁶ D. HOWELL, "Issue Estoppel Arising out of Foreign Interlocutory Court Proceedings in International Arbitration", *op. cit.* nota 389, pp. 167-168.

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 processo.

Infine, 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 l'arbitrato⁴⁴⁷.

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 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'interprete⁴⁴⁸.

In conclusione, è utile evidenziare come anche nella pratica l'applicazione delle regole transnazionali suggerite dalla dottrina potrebbe condurre a risultati difficilmente giustificabili. A titolo di esempio, si può immaginare la seguente situazione. La società di diritto italiano Alfa conclude un contratto con la società di diritto tedesco Beta per la prestazione di attività di manutenzione presso lo stabilimento di Alfa in Francia. Nel contratto le parti indicano quale legge applicabile la legge francese e inseriscono una clausola arbitrale, deferendo la soluzione di eventuali controversie a un tribunale arbitrale con sede a Ginevra. A seguito di un infortunio sul lavoro, Tizio, dipendente di Alfa nel predetto stabilimento, agisce di fronte al giudice francese convenendo in giudizio Alfa e Beta. Il giudice, dopo aver accertato la scarsa manutenzione dei macchinari nello stabilimento di Alfa, condanna in solido le due società al risarcimento dei danni subiti da Tizio. Alfa, allora, instaura un procedimento arbitrale, chiedendo la

⁴⁴⁷ Cfr. *supra* nota 365.

⁴⁴⁸ 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", op. cit. nota 365, p. 564.

risoluzione del contratto per inadempimento delle prestazioni. A tale scopo, 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. Un'identica soluzione, peraltro, è accolta in tutti gli altri ordinamenti in qualche modo collegati alla controversia. Nondimeno, laddove si dovessero applicare 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 di entrambe le 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. SOLUZIONE PROPOSTA

Come visto, le soluzioni finora esaminate non appaiono pienamente soddisfacenti: tanto l'approccio conflittuale, quanto l'approccio autonomo presuppongono l'esistenza di norme (di conflitto o di diritto materiale) difficilmente individuabili.

Se – come probabile – tali regole semplicemente non esistono⁴⁴⁹, si rende allora necessario modificare la prospettiva con cui vengono solitamente affrontate le questioni sollevate dal giudicato nel contesto dell'arbitrato commerciale internazionale.

⁴⁴⁹ Come suggerito da Mayer, *cf.* P. MAYER, “L'autorité de chose jugée des sentences entre les parties”, *op. cit.* nota 389, p. 101.

4.1. La qualificazione delle questioni sollevate dall'invocazione di una precedente decisione nel procedimento arbitrale

Anzitutto, appare opportuno fornire una corretta qualificazione delle questioni che emergono nell'applicazione della teoria della *res judicata* all'interno della procedura arbitrale.

Come si è già ampiamente illustrato, 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 giudizio⁴⁵⁰. Laddove una parte faccia valere gli effetti preclusivi e conclusivi di un provvedimento giurisdizionale, generalmente essa non mette in questione la validità o l'operatività dell'accordo compromissorio, né contesta 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 della 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 arbitrale⁴⁵¹. In tale prospettiva, peraltro, l'eccezione di cosa giudicata non potrebbe essere ridotta a mera questione procedurale – seconda una qualificazione della stessa come «*rule of evidence*» – e, perciò, non potrebbe essere oggetto della discrezionalità generalmente accordata al tribunale arbitrale nella conduzione della procedura⁴⁵².

Se, nella maggior parte dei casi, una simile qualificazione appare sicuramente condivisibile, nondimeno occorre rilevare come in talune ipotesi l'eccezione di giudicato sottenda, in realtà, un'obiezione alla giurisdizione del tribunale arbitrale.

⁴⁵⁰ Cfr. *supra* pp. 23 ss..

⁴⁵¹ Cfr. G.L. WALTERS, "Fitting a Square Peg into a Round Hole Do Res Judicata Challenges in International Arbitration Constitute Jurisdictional or Admissibility Problems?", *op. cit.* nota 389, pp. 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 *Arbitration International*, 2017, 33, pp. 539-570, spec. p. 551;

⁴⁵² N. ZAUGG, "Objective scope of *res judicata* of arbitral awards – Is there room for discretion?", *op. cit.* nota 389, pp. 329-330.

Laddove, infatti, una parte sostenga che un precedente provvedimento giurisdizionale – reso da un giudice statale o da un diverso tribunale arbitrale – abbia già deciso, in tutto o in parte, la specifica questione oggetto della controversia, si prospettino 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 –, ovvero il primo giudice (o arbitro) aveva giurisdizione – poiché l'accordo arbitrale è invalido, oppure perché la controversia esula dall'oggetto dello stesso – e in tal caso gli arbitri dovranno rigettare le domande non perché inammissibili, ma perché privi di giurisdizione.

La diversa natura delle problematiche che solleva l'invocazione di una precedente decisione rende opportuna una trattazione differenziata.

4.2. La soluzione delle questioni di giudicato che sottendono una contestazione della giurisdizione del tribunale arbitrale

L'invocazione della *res judicata* 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 preliminare la questione che costituisce oggetto dell'arbitrato e si sostenga che gli effetti preclusivi della decisione debbano estendersi anche a tale questione.

Nelle prime due ipotesi il problema fondamentale non è tanto quello di definire l'estensione degli effetti preclusivi e conclusivi delle rispettive decisioni invocate in giudizio, quanto piuttosto di determinare se e a quali condizioni tali

provvedimenti possano essere riconosciuti 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. In una prospettiva territorialista, infatti, il tribunale arbitrale non potrebbe non riconoscere le 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 riconoscibili nell'ordinamento della sede. In una prospettiva autonomista, invece, – come suggerito dalla più autorevole dottrina – tanto le decisioni rese dal giudice della sede quanto quelle emanate da un giudice straniero non dovrebbero essere necessariamente riconosciute in seno alla procedura arbitrale⁴⁵³. In forza del principio «*competence-competence*», infatti, al tribunale arbitrale dovrebbe essere attribuito in ogni caso il potere di decidere sulla propria giurisdizione⁴⁵⁴. 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 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

⁴⁵³ Cfr. G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, op. cit. nota 62, pp. 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».

⁴⁵⁴ C. DEBOURG, "L'autorité de chose jugée des décisions relatives à la compétence arbitrale", op. cit. nota 389, p. 139.

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»⁴⁵⁵.

Se in linea teorica tali argomentazioni non appaiono certamente prive di pregio, occorre nondimeno evidenziare come nella pratica, salvo limitate eccezioni, l'annullamento del lodo costituisca motivo di diniego del riconoscimento e dell'esecuzione dello stesso⁴⁵⁶. Ragioni di natura pragmatica sembrerebbero, allora, suggerire l'opportunità di riconoscere in ogni caso l'efficacia vincolante delle decisioni rese dal giudice dello Stato in cui ha sede la procedura. Se – indipendentemente dalle possibili rappresentazioni del fenomeno arbitrale – si accetta la prospettiva secondo cui gli arbitri hanno innanzitutto il compito di rendere una decisione idonea a produrre effetti tra le parti e a costituire titolo per un'eventuale esecuzione forzata, non riconoscere gli effetti delle decisioni rese dal giudice della sede in merito alla giurisdizione del tribunale arbitrale comprometterebbe inevitabilmente il perseguimento di tale finalità; nella grande maggioranza delle ipotesi, infatti, il lodo risulterebbe *inutiliter dato*, ma le parti dovrebbero comunque sobbarcarsi i costi connessi alla procedura arbitrale, con buona pace per le esigenze di economia e di efficienza della procedura. Nella stessa prospettiva, la possibilità di riconoscere gli effetti delle decisioni rese da un giudice straniero in merito alla giurisdizione del tribunale arbitrale dovrebbe dipendere in buona sostanza dall'approccio adottato nell'ordinamento in cui ha sede la procedura. 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

⁴⁵⁵ G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, op. cit. nota 62, 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).

⁴⁵⁶ Per le eccezioni, *cfr. supra* nota 335.

non comprometterebbe necessariamente la validità del lodo⁴⁵⁷. Al contrario, in Svizzera – secondo la giurisprudenza del Tribunale federale⁴⁵⁸ –, la decisione resa dal giudice straniero 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 preliminare la questione che costituisce oggetto dell'arbitrato e si sostenga che gli effetti della decisione debbano estendersi anche a tale questione – il discorso è parzialmente diverso. Qualora la decisione fosse riconoscibile all'interno della procedura arbitrale, occorrerebbe valutare l'ambito di efficacia oggettiva del giudicato. Tuttavia, come si è visto, l'estensione degli effetti preclusivi del giudicato alla decisione delle questioni pregiudiziali – laddove ammessa – non si produce mai in modo automatico⁴⁵⁹. Al contrario, tanto la «*issue estoppel*» quanto la «*issue preclusion*» presuppongano necessariamente una valutazione del giudice (o, in questo caso, dell'arbitro) in merito all'opportunità di ritenere preclusa la trattazione delle questioni di fatto e di diritto conosciute e decise in occasione del primo contenzioso. Con tutta evidenza, laddove l'accordo compromissorio sia valido e la questione pregiudiziale asseritamente coperta da giudicato rientri nell'ambito operativo di detto accordo, il riconoscimento di un'ampia efficacia oggettiva al primo giudicato si tradurrebbe in una frustrazione della volontà delle parti e, pertanto, sarebbe in ogni caso sconsigliabile. Laddove, invece, l'accordo arbitrale fosse invalido, il tribunale arbitrale sarebbe allora privo di giurisdizione e non potrebbe in ogni caso accertare gli effetti di giudicato in merito alle questioni pregiudiziali decise nel primo contenzioso.

⁴⁵⁷ C. DEBOURG, “L'autorité de chose jugée des décisions relatives à la compétence arbitrale”, op. cit. nota 389, p. 139

⁴⁵⁸ Tribunale Federale svizzero, ATF 140 III 278 del 24 maggio 2014.

⁴⁵⁹ Cfr. *supra* pp. 68 ss..

4.3. La soluzione delle questioni di giudicato che rilevano ai fini dell'ammissibilità della domanda

L'invocazione della *res judicata* solleva, invece, questioni di ammissibilità 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 compromissorio che interessi un diritto soggettivo o un rapporto giuridico dipendente rispetto alla situazione soggettiva oggetto della domanda sottoposta alla cognizione del tribunale arbitrale;
- 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.

*4.3.1. Possibili conseguenze dell'errata applicazione della teoria della *res judicata**

Come noto, le decisioni in merito all'ammissibilità della domanda non possono formare oggetto di sindacato in occasione di un eventuale procedimento di impugnazione del lodo⁴⁶⁰. 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 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

⁴⁶⁰ *Cfr. ex multis*, 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", op. cit. nota 451, pp. 552-553.

materia di *res judicata* potrebbe ritenersi lesiva dei principi di ordine pubblico processuale accolti nei diversi ordinamenti in cui la decisione arbitrale è chiamata a spiegare i suoi effetti⁴⁶¹ 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 assumere rilievo autonomo, ovvero 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 ritenuto che la violazione delle norme sul giudicato contrasti con i principi di ordine pubblico e, pertanto, possa portare all'annullamento del lodo⁴⁶².

Per quanto concerne la circolazione della decisione negli ordinamenti diversi dallo Stato della sede della procedura in cui è invocata una precedente decisione, nel sistema delineato dalla Convenzione di New York del 1958 l'art. V.1 della Convenzione non conferisce rilevanza autonoma al mancato rispetto delle norme sulla *res judicata*; nondimeno, secondo autorevole dottrina, la violazione della regole fondamentali in tema di giudicato potrebbe portare al diniego di

⁴⁶¹ In questo senso, *cf.* 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.

⁴⁶² Tribunale Federale Svizzero, 27 III 279 del 14 maggio 2001, spec. para. 2.b; Tribunale Federale Svizzero, 136 III 345 del 13 aprile 2010, spec. para. 2.1; Tribunale Federale Svizzero, 4A_374/2014 del 26 febbraio 2015, spec. para. 4.2.1; Tribunale Federale Svizzero, 141 III 229 del 29 maggio 2015, spec. para. 3.2.4; Tribunale Federale Svizzero, 4A_508/2013 del 27 maggio 2014, spec. para. 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.

riconoscimento per violazione dei principi di ordine pubblico (processuale), ai sensi dell'art. V.2 della Convenzione⁴⁶³.

Se si accetta la prospettiva secondo cui la missione del tribunale arbitrale è anzitutto quella di rendere una decisione valida e produttiva di effetti, non potrà non considerarsi la disciplina del giudicato accolta a livello statale. Tuttavia, come noto, il limite dell'ordine pubblico impedisce unicamente la produzione di effetti manifestamente incompatibili con i principi fondamentali cui s'ispira l'ordinamento, ma non richiede una stretta osservanza della disciplina accolta in tale Stato. Di conseguenza, l'applicazione di norme processuali diverse da quelle previste nell'ordinamento in cui ha sede la procedura o in cui è richiesto il riconoscimento del lodo non produce conseguenze automatiche sul piano della validità o riconoscibilità della decisione.

4.3.2. Possibilità di adottare un approccio differenziato per la soluzione delle problematiche sollevate dal giudicato in arbitrato

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» e alla teoria «autonomista». Tuttavia, come si è visto, l'arbitrato commerciale internazionale si presenta come un fenomeno liquido, difficilmente inquadrabile in rigide rappresentazioni dogmatiche; ogni controversia presenta aspetti peculiari che contribuiscono a differenziarla dalle altre, di modo che il legame che lega la particolare procedura all'ordinamento della sede può essere più o meno stringente a seconda di una molteplicità di variabili. In altre parole, come osservato da attenta

⁴⁶³ 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_Enfrcemnt_Arbitl_Awrdr/publicpolicy15.aspx

dottrina, la transnazionalità della controversia si presenta sempre secondo un diverso grado di intensità⁴⁶⁴.

In conformità con una simile lettura del fenomeno arbitrale, sembra possibile adottare un approccio differenziato nell'individuazione delle norme applicabili alle questioni processuali sollevate dal giudicato⁴⁶⁵. Di regola tali problematiche dovrebbero essere disciplinate dalle norme dell'ordinamento in cui ha sede la procedura arbitrale. Infatti, per quanto sia vero che gli arbitri non hanno una vera e propria *lex fori*, non si può negare che, nella maggior parte dei casi, l'ordinamento della sede rappresenta il sistema giuridico entro cui essi operano⁴⁶⁶: pertanto, è a detto ordinamento che occorre anzitutto far riferimento per la soluzione delle questioni di giudicato.

Tuttavia, laddove la controversia presenti un elevato grado di transnazionalità e il legame con la sede della procedura sia oggettivamente molto tenue, come si è visto autorevole dottrina ha sostenuto la necessità di riconoscere agli arbitri una maggiore flessibilità⁴⁶⁷; in queste ipotesi essi potranno adottare un approccio più transnazionale, seppur nel rispetto dei principi di ordine pubblico dell'ordinamento della sede.

In apparenza una simile soluzione sembrerebbe riproporre tutti gli elementi di criticità che si sono evidenziati con riferimento al metodo conflittuale e al metodo

⁴⁶⁴ V. HEISKANEN, "And/Or/ The Problem of Qualification in International Arbitration", op. cit. nota 355, p. 454.

⁴⁶⁵ Tale approccio in parte ricalca la prospettiva suggerita da Santacroce con riferimento all'individuazione dei criteri di qualificazione delle questioni preliminari, *cf.* 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", op. cit. nota 451, pp. 557-559.

⁴⁶⁶ M.V. BENEDETTELLI – C. CONSOLO – L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale*, op. cit. nota 294, 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».

⁴⁶⁷ *Cfr.* P. MAYER, "Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international", op. cit. nota 389, p. 187; L. RADICATI DI BROZOLO, "Res Judicata", op. cit. nota 380, p. 132; C. SERAGLINI, "Le droit applicable à l'autorité de la chose jugée dans l'arbitrage", op. cit. nota 369, pp. 64-65.

autonomo. Anzi, l'introduzione dell'ulteriore variabile del grado di transnazionalità della controversia renderebbe ancor più imprevedibili le soluzioni. 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 discrezionalmente selezionati dal tribunale arbitrale.

Si rende allora necessaria un'ulteriore specificazione di ciò che – nella prospettiva suggerita dal presente studio – si intende quando si suggerisce l'adozione di un approccio «più transnazionale».

Come si è 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 suggerite da Schaffstein non appaiono adeguate a regolare la materia del giudicato nel contesto arbitrale. Secondo chi scrive, il punto critico di entrambi gli approcci è rappresentato dalla più o meno consapevole adesione alla teoria dell'assimilazione degli effetti⁴⁶⁸. 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, dalle regole transnazionali proprie dell'ordinamento arbitrale. Come si è visto, tuttavia, ritenere che l'estensione degli effetti di un provvedimento estraneo all'ordinamento in cui esso è riconosciuto debba necessariamente ricalcare i contorni dell'efficacia attribuita ai provvedimenti interni è già frutto di una scelta non neutrale ed è, anzi, indice di un'impostazione marcatamente nazionalista⁴⁶⁹. Nei sistemi in cui si intenda favorire una più ampia circolazione delle decisioni – come ad esempio nel

⁴⁶⁸ 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*, op. cit. nota 4, pp. 218-219.

⁴⁶⁹ In questo senso, *cfr.* E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, op. cit. nota 238, p. 55.

sistema previsto all'interno dell'Unione europea⁴⁷⁰ – l'ambito di efficacia dei provvedimenti giurisdizionali stranieri corrisponde, infatti, all'estensione prevista nell'ordinamento di origine.

Laddove si reputi necessario applicare la *lex arbitri* nella definizione delle problematiche sollevate dal giudicato, in virtù dell'imprescindibile legame che vincola la procedura arbitrale all'ordinamento della sede, non si comprende per quali ragioni gli arbitri debbano applicare direttamente le norme processuali in materia di estensione oggettiva e soggettiva del giudicato di detto ordinamento e non, invece, le sue norme di diritto processuale civile internazionale. Nei fatti, come si è visto, una simile soluzione porterebbe a risultati non coerenti con la disciplina dello Stato in cui ha sede la procedura e contrasterebbe quindi la *ratio* stessa dell'approccio in esame⁴⁷¹.

Laddove, invece, si dovesse adottare una prospettiva «transnazionale», che miri a individuare una disciplina autonoma del giudicato nel contesto arbitrale, occorre domandarsi se la prospettiva debba essere necessariamente quella dell'assimilazione degli effetti. Considerazioni di natura pragmatica, in realtà, sembrerebbero suggerire una diversa soluzione.

In primo luogo, infatti, anche laddove si volesse concepire l'arbitrato come autonomo e indipendente rispetto alla generalità degli ordinamenti giuridici statali, non si può negare che esso debba in qualche modo integrarsi con i sistemi nazionali. Come riconosciuto da attenta dottrina, infatti, la decisione arbitrale deve essere «idonea a far stato tra le parti e [...] all'occorrenza costituire titolo per un'eventuale esecuzione forzata»⁴⁷². L'esecuzione del lodo richiede necessariamente la cooperazione delle autorità giudiziarie statali e, come si è visto, potrebbe essere negata laddove, tra le altre cose, si ritenga che la decisione arbitrale sia lesiva dei principi di ordine pubblico. Nondimeno, il riconoscimento di effetti diversi da quelli originariamente prodotti dal provvedimento

⁴⁷⁰ Cfr. *supra*, pp. 113 ss., spec. nota 268.

⁴⁷¹ Cfr. *supra*, p. 206.

⁴⁷² M.V. BENEDETTELLI, ««Pensiero debole» nell'arbitrato commerciale internazionale e comunitarizzazione del diritto dell'arbitrato», op. cit. nota 317, p. 307.

giurisdizionale fatto valere in giudizio potrebbe più facilmente ritenersi lesivo di tali principi.

In secondo luogo, dall'esame della pratica dei tribunali arbitrali e delle posizioni sostenute dalla dottrina, non sembra possibile individuare con un ragionevole grado di certezza un insieme di regole transnazionali che disciplinino il fenomeno della *res judicata* nel consto arbitrale. Anche laddove ciò fosse possibile e si ritenessero sicuramente applicabili le Raccomandazioni ILA o le linee guida proposte da Schaffstein, è alquanto improbabile che tali 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.

Infine, contrariamente a quanto sostenuto da Schaffstein⁴⁷³, le esigenze di prevedibilità delle soluzioni sembrano meglio tutelate laddove si riconoscano al provvedimento giurisdizionale gli effetti previsti dall'ordinamento di origine. Solo in tale ipotesi, infatti, si evita il c.d. «effetto sorpresa», poiché le parti possono prevedere già al momento del primo contenzioso l'effettiva estensione degli effetti dell'eventuale decisione. Al contrario, l'applicazione delle regole transnazionali proprie dell'ordinamento arbitrale – ammesso e non concesso che sia possibile individuarle – potrebbe esporre le parti a effetti non prevedibili al momento del primo processo⁴⁷⁴.

Un limite all'applicazione della teoria dell'estensione degli effetti potrebbe, tuttavia, essere imposto dai principi di ordine pubblico dell'ordinamento in cui ha sede la procedura. Ciò dipende, ovviamente, dal grado di imperatività attribuito alle norme di diritto processuale civile internazionale che in tale ordinamento disciplinano il riconoscimento degli effetti preclusivi e conclusivi dei provvedimenti giurisdizionali stranieri⁴⁷⁵. Per tale ragione, appare opportuno che il

⁴⁷³ Cfr. S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, op. cit. nota 4, p. 219.

⁴⁷⁴ 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.

⁴⁷⁵ 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. para. 3.1

tribunale arbitrale non trascuri i principi di ordine pubblico accolti dall'ordinamento in cui ha sede la procedura.

In sintesi, nella prospettiva proposta dal presente studio, di regola il tribunale arbitrale dovrebbe applicare non già le regole processuali in materia di giudicato previste dall'ordinamento della sede, quanto piuttosto le sue norme di diritto processuale civile internazionale. Tuttavia, nei casi in cui la controversia presenti un elevato grado di transnazionalità e, pertanto, si ritenga necessario adottare un approccio «più transnazionale», il tribunale arbitrale sarebbe tenuto a riconoscere gli effetti di giudicato previsti dall'ordinamento di origine del provvedimento giurisdizionale invocato dalle parti.

4.3.3. L'effetto di res judicata delle sentenze

In particolare, laddove nel corso dell'arbitrato sia invocata una sentenza resa da un giudice statale⁴⁷⁶, il tribunale arbitrale dovrà anzitutto valutare se la stessa sia idonea a spiegare efficacia di giudicato all'interno della procedura.

Nel caso in cui la sentenza sia emanata da un giudice dello Stato in cui ha sede l'arbitrato essa dovrebbe in ogni caso ritenersi idonea a produrre effetti in seno alla procedura arbitrale. Nella prospettiva territorialista, infatti, simili decisioni dovrebbero considerarsi come provvedimenti interni all'ordinamento in cui opera il tribunale arbitrale e, pertanto, non necessiterebbero di riconoscimento alcuno. Anche laddove si dovesse ritenere che l'arbitrato commerciale internazionale costituisca un ordinamento giuridico autonomo e indipendente, ragioni di natura pragmatica suggeriscono di riconoscere l'idoneità della stessa a produrre effetti preclusivi e conclusivi all'interno della procedura, giacché il mancato riconoscimento di un provvedimento giurisdizionale reso dal giudice della sede esporrebbe il lodo a seri rischi di annullamento.

Nel caso in cui, invece, la sentenza sia emanata dal giudice di un diverso Stato, il tribunale arbitrale dovrà valutare se sussistono i requisiti perché la stessa sia ammessa a spiegare efficacia all'interno della procedura. Come si è visto, il

⁴⁷⁶ Ovvero un lodo reso all'esito di una procedura arbitrale non internazionale.

riconoscimento di un provvedimento giurisdizionale straniero può avvenire all'esito di un procedimento di delibazione, ovvero in modo automatico, per effetto dell'integrazione dei requisiti previsti in via generale e astratta dalla legge. Nel primo caso sarà necessario instaurare un procedimento di natura costitutiva; nel secondo, la sentenza straniera sarà ammessa automaticamente 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 avrà natura dichiarativa.

In una prospettiva territorialista, tanto nel caso di delibazione quanto nel caso di riconoscimento automatico, la competenza è generalmente attribuita in via esclusiva alle autorità giurisdizionali dell'ordinamento ricevente e, pertanto, in assenza di una decisione sul punto resa dal giudice dello Stato in cui ha sede la procedura, la valutazione del tribunale arbitrale potrà assumere valore meramente prognostico⁴⁷⁷. Nella prospettiva autonomista, invece, è dubbio che la riconoscibilità del provvedimento straniero debba essere valutata alla stregua dei criteri previsti dall'ordinamento della sede della procedura. Per tali ragioni, sembra opportuno che il tribunale arbitrale valuti unicamente 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 – all'esito di un procedimento palesemente contrario ai canoni del giusto processo⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ Laddove il giudice dello Stato in cui ha sede la procedura abbia accertato l'esistenza di un motivo di diniego del riconoscimento, ragioni di opportunità suggeriscono al tribunale di non riconoscere alcun effetto alla sentenza straniera. Una soluzione in senso contrario, infatti, significherebbe non riconoscere efficacia di giudicato al provvedimento giurisdizionale reso dalle autorità dello Stato in cui ha sede la procedura.

⁴⁷⁸ 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*, op. cit. nota 4, pp. 221-236. Nella prospettiva in esame, tuttavia, gli elementi costitutivi del giudicato sono disciplinati dalla legge dello Stato in cui è stata resa la sentenza e, pertanto, non è necessario elaborare regole di carattere transnazionale.

Una volta riconosciuta la sentenza, la determinazione dei suoi effetti preclusivi e conclusivi dipenderà dalle regole di diritto processuale civile internazionale applicabili⁴⁷⁹.

Come si è visto, di regola il tribunale arbitrale sarà tenuto ad applicare le norme di diritto processuale civile internazionale dell'ordinamento della sede della procedura in cui è fatto valere il precedente giudicato. In tal caso, a seconda delle regole accolte 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 rappresentarsi che le norme (di diritto processuale civile internazionale) di detto ordinamento avrebbero trovato applicazione⁴⁸⁰.

Laddove, invece, la controversia presenti un elevato grado di transnazionalità, come si è visto, il tribunale arbitrale dovrebbe 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.

⁴⁷⁹ 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.

⁴⁸⁰ Nondimeno, occorre tenere presente come in diversi ordinamenti l'opzione a favore della teoria dell'assimilazione, dell'estensione o della doppia confinazione degli effetti sia tutt'altro che pacifica. In tali ipotesi, qualora il tribunale arbitrale non riesca a individuare con un ragionevole grado di certezza le regole di diritto processuale civile internazionale applicabili nell'ordinamento della sede appare preferibile riconoscere al provvedimento giurisdizionale invocato dalle parti tutti e i soli effetti di giudicato previsti nel suo ordinamento di origine, nel rispetto dei principi di ordine pubblico accolti dall'ordinamento in cui ha sede la procedura.

4.3.4. L'effetto di *res judicata* dei lodi arbitrali

Laddove nel corso dell'arbitrato sia invocato un lodo arbitrale internazionale, il discorso è più complesso.

Anzitutto, anche in questo caso dovrà valutarsi l'idoneità dello stesso a produrre effetti all'interno della procedura. Nello specifico, ci si deve domandare se il tribunale arbitrale abbia la competenza per dichiarare l'invalidità della decisione fatta valere in giudizio – laddove essa sia considerata alla stregua di un «lodo domestico» –, ovvero per accertare l'esistenza di un motivo di diniego del riconoscimento alla stregua dei criteri individuati dalla Convenzione di New York del 1958⁴⁸¹ – laddove la decisione sia qualificata come «lodo straniero»⁴⁸²–.

Il procedimento di annullamento del lodo è generalmente regolato dalla legge arbitrale dello Stato in cui ha sede la procedura⁴⁸³. Il riconoscimento del lodo straniero, invece, è disciplinato dalla Convenzione di New York del 1958⁴⁸⁴. In entrambi i casi, tuttavia, la competenza è di regola attribuita alle autorità giudiziarie nazionali; il tribunale arbitrale, pertanto, non ha il potere di dichiarare l'invalidità o la non riconoscibilità di un precedente lodo. In altre parole, la parte che si opponga al riconoscimento degli effetti di un primo lodo in una seconda procedura arbitrale dovrà chiederne l'annullamento (o la dichiarazione di non riconoscibilità) nelle sedi competenti; in mancanza, il lodo potrà ritenersi idoneo a spiegare efficacia di giudicato all'interno della procedura arbitrale⁴⁸⁵.

⁴⁸¹ Quantomeno negli ordinamenti che hanno ratificato tale convenzione, *cf. supra* nota 290.

⁴⁸² La possibilità di qualificare il lodo come «domestico» o «straniero» dipende in buona parte dalla ricostruzione del fenomeno arbitrale adottata dall'interprete. Nella prospettiva autonomista, infatti, il lodo internazionale rappresenta sempre e comunque una decisione «interna» all'ordinamento arbitrale; di conseguenza, a rigor di logica, per spiegare efficacia all'interno di una successiva procedura arbitrale esso non dovrebbe necessitare di riconoscimento alcuno. Nella prospettiva territorialista, invece, un lodo internazionale reso nel territorio dello Stato in cui ha sede la seconda procedura arbitrale potrà qualificarsi come «lodo domestico»; al contrario, laddove la sede della prima procedura sia situata in un diverso ordinamento, esso dovrà qualificarsi come «lodo straniero».

⁴⁸³ *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*, CEDAM, 2017, p. 1201.

⁴⁸⁴ Quantomeno negli Stati che aderiscono a tale Convenzione, *cf. supra* nota 290.

⁴⁸⁵ *Cfr.* Lodo ICC n. 3383 del 1979, S. JARVIN – Y. DERAIS, *Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*, op. cit. nota 374. Tale approccio è suggerito anche da Mayer. Secondo l'autore, peraltro, laddove

La definizione degli effetti preclusivi e conclusivi del lodo, analogamente a quanto si è visto per le sentenze rese dai giudici nazionali, dipenderà dall'applicazione delle opportune 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 Stato⁴⁸⁶. 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.

Si rendono, tuttavia, necessarie due precisazioni. Anzitutto occorre chiarire cosa si intenda per «effetti originari» del lodo. Come si è visto, non è facile individuare un insieme di regole transnazionali che determinino in modo univoco l'estensione dell'efficacia preclusiva e conclusiva delle decisioni rese nel contesto dell'arbitrato commerciale internazionale. Anzi, per le ragioni che si sono illustrate, tali regole non sembrano esistere, né potrebbero realisticamente venire a esistenza in futuro. Una loro elaborazione, infatti, presupporrebbe una concezione unitaria della funzione svolta dall'arbitrato commerciale internazionale, difficilmente prospettabile a fronte dell'ontologica «liquidità» e «flessibilità» che caratterizza tale mezzo di risoluzione delle controversie. Peraltro, anche secondo la concezione c.d. «autonomista» la sanzione legale del lodo non può che essere attribuita dagli ordinamenti giuridici nazionali⁴⁸⁷. Si è anche visto come gli ordinamenti statali riconoscano una generale identità – o, quantomeno una «innegabile analogia» – di effetti tra il lodo reso sul territorio nazionale e la

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, *cf.* P. MAYER, “L'autorité de chose jugée des sentences entre les parties”, *op. cit.* nota 389, p. 101.

⁴⁸⁶ Sempre che sia possibile individuare con un ragionevole grado di certezza tali regole. In caso contrario, si veda la soluzione suggerita *supra* alla nota 480.

⁴⁸⁷ *Cfr. supra* 154 pp. ss.. Nella prospettiva suggerita da Gaillard, peraltro, la sanzione legale è attribuita dall'ordinamento giuridico statale in cui il lodo è riconosciuto.

sentenza⁴⁸⁸. Appare, dunque, più corretto ritenere che, in linea di principio, gli effetti originari del lodo coincidano con gli effetti generalmente attribuiti alle sentenze nell'ordinamento in cui ha sede la procedura all'esito del quale esso è stato reso. Ciò non toglie, peraltro, 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. In questo caso, tuttavia, sembra necessaria una chiara manifestazione di volontà in tal senso⁴⁸⁹, 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.

In secondo luogo, come si è visto, 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. Al tribunale arbitrale deve, quindi, essere riconosciuto un certo margine di flessibilità, che gli consenta di adattare le regole elaborate con riferimento alle sentenze statali alle caratteristiche peculiari del lodo arbitrale. D'altronde, come si è più volte ripetuto, la particolare disciplina sul giudicato accolta a livello nazionale rispecchia un bilanciamento tra i valori contrastanti che vengono in rilievo con riferimento alla teoria della *res judicata*. È a tale bilanciamento che dovrà guardare il tribunale arbitrale nella determinazione degli effetti preclusivi e conclusivi del lodo.

4.4. Considerazioni conclusive in merito alla soluzione proposta

In conclusione, la soluzione proposta suggerisce una differenziazione tra le ipotesi in cui l'invocazione di una precedente decisione sollevi problematiche

⁴⁸⁸ G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Jovene, 2012, p. 169; L. MELCHIONDA – C. CARRARA, “Gli effetti dei lodi arbitrali e l’acquisto dell’efficacia esecutiva”, op. cit. nota 392, pp. 1179 e 1181.

⁴⁸⁹ In questo senso, *cfr.* N. ZAUGG, “Objective scope of *res judicata* of arbitral awards – Is there room for discretion?”, op. cit. nota 389.

relative alla giurisdizione del tribunale arbitrale ovvero all'ammissibilità delle domande e delle eccezioni formulate dalle parti.

Nel primo caso, ragioni di natura pragmatica sembrano suggerire l'adozione di un approccio coerente con quanto previsto nell'ordinamento della sede della procedura in cui è invocato il precedente giudicato. Il mancato riconoscimento di una decisione che sottende un'obiezione alla 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 un precedente giudicato sollevi questioni attinenti all'ammissibilità della domanda, di regola il tribunale arbitrale è tenuto a rispettare le norme di diritto processuale civile internazionale dell'ordinamento in cui opera. 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 (teoria dell'estensione degli effetti); ovvero
- gli effetti di giudicato previsti nell'ordinamento della sede della procedura in cui è fatta valere la decisione (teoria dell'assimilazione degli effetti); ovvero,
- gli effetti originari della decisione, entro i limiti degli effetti conosciuti nell'ordinamento della sede della procedura in cui è fatta valere la decisione (teoria della doppia confinazione degli effetti)

Tuttavia, laddove la procedura presenti un elevato grado di transnazionalità e, pertanto, secondo quanto suggerito dalla dottrina maggioritaria, l'applicazione della *lex arbitri* non appaia adeguata a regolare il fenomeno della *res judicata*, ovvero, nell'ipotesi in cui non sia possibile individuare con un ragionevole grado di certezza le regole di diritto processuale civile internazionale adottate nell'ordinamento della sede, il tribunale arbitrale potrebbe godere di una maggiore flessibilità. In ogni caso, anche laddove si ritenga opportuno adottare un approccio «più transnazionale», ciò non significa 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.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ANCEL J.P., “Arbitrage et internationalité. Quelques réflexions et propositions”, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, pp. 17 ss.;
- ANDREWS N.H., “The Passive Court and Legal Argument”, in *Civil Justice Quarterly*, 1988, pp. 125 ss.;
- ANDREWS N.H., *English Civil Procedure*, Oxford University Press, 2003;
- ATTARDI A., *Diritto processuale civile*, Vol. I, CEDAM, 1999³;
- BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Cacucci Editore, 2015³;
- BARIATTI S., “Articolo 65”, in F. Pocar et al. (a cura di), *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, CEDAM, Padova, 1996;
- BARNETT P., *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, Oxford University Press, 2001;
- BEELEY M. – SERIKI H., “Res judicata: recent developments in arbitration”, in *International Arbitration Law Review*, 2005, pp. 111 ss.;
- BENEDETTELLI M.V., “«Pensiero debole» nell’arbitrato commerciale internazionale e comunitarizzazione del diritto dell’arbitrato”, in *Rivista del commercio internazionale*, 2012, pp. 305 ss.;

- BENEDETTELLI M.V., “Human rights as a litigation tool in international arbitration: reflecting on the ECHR experience”, in *Arbitration International*, 2015, 31, pp. 631 ss.;
- BENEDETTELLI M.V., “Sull’arbitrato societario internazionale”, in *Rivista dell’Arbitrato*, 2017, pp. 299 ss.;
- BENEDETTELLI M.V. – SABATINI M., “Italy – Country report on public policy and Italian law of international arbitration”, 2015, sito web: https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Recognitn_Enfrcemnt_Arbitl_Awrdr/publicpolicy15.aspx ;
- BENEDETTELLI M.V. – CONSOLO C. – RADICATI DI BROZOLO L.G., *Commentario breve al diritto dell’arbitrato nazionale e internazionale*, CEDAM, 2017;
- BERGER B., “No Force of Res Judicata for an Award’s Underlying Reasoning”, in *ASA Bulletin*, 3, 2015, pp. 642 ss.;
- BERNARDINI P., *L’arbitrato commerciale internazionale*, Giuffrè Editore, 2000;
- BENSAUDE D., “The International Law Association’s Recommendations on *Res Judicata* and *Lis Pendens* in International Commercial Arbitration”, in *Journal of International Arbitration*, 2007, 24, 4, pp. 415 ss.
- BESSON S., “Arbitration and human rights”, in *ASA Bulletin*, 2006, pp. 395 ss.;
- BESSON S., “L’Importance du Siège de L’Arbitrage”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2007, p. 107 ss.;
- BLONDEL P., “La charge de la concentration et le respect d’un principe de complétude”, in *La Semaine Juridique – Edition Générale*, n. 15, 2012;

- BOCCAGNA S., “Art. 824 bis”, in M.V. Benedettelli – C. Consolo – L.G. Radicati di Brozolo, *Commentario breve al diritto dell’arbitrato nazionale e internazionale*, CEDAM, 2017, pp. 371 ss.
- BOHNET F. – HALDY J. – JEANDIN N. – SCHWEIZER P. – TAPPY D., *Code de procédure civile commenté*, Helbing Lichtenhahn, 2011;
- BOLLEE S. – RADICATI DI BROZOLO L.G. – SCHERER M. – ZAJDELA B., “Table Ronde : l’autorité de chose jugée des décisions relatives au contrôle des sentences”, in *Revue de l’Arbitrage*, 2016, pp. 183 ss.;
- BONATO G., *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Jovene, 2012
- BORN G.B., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2014²;
- BOVE M., *Lineamenti di diritto processuale civile*, Giappichelli, 2016⁵;
- BREKOULAKIS S., “The Effect of an Arbitral Award and Third Parties in International Arbitration: *Res Judicata* Revisited”, in *American Review of International Arbitration*, 17, 2005, p. 177 ss.;
- BRIGUGLIO A., *L’arbitrato estero*, CEDAM, 1998;
- BRIGUGLIO A., “Chi ha paura dell’arbitrato internazionale?”, in *Rivista dell’arbitrato*, 1998, pp. 721 ss.;
- BRIGUGLIO A., “Mito e realtà nella denazionalizzazione dell’arbitrato privato”, in *Rivista dell’arbitrato*, 1998, pp. 453-492;
- BUCHER A. – BONOMI A., *Droit international privé*, Helbing Lichtenhahn, Zürich, 2013;
- CALLE P., “L’autorité de la chose jugée et les tiers”, in *Revue de l’Arbitrage*, 2016, pp. 77-90;

- CARBONARA F., “Questioni di merito e di idoneità al giudicato”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2003, pp. 671 ss.;
- CARBONE S.M. – TUO C., *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale – Il regolamento UE n. 1215/2012*, Giappichelli, 2016;
- CARLEVARIS A. – ATTERITANO A., “L’impugnazione dei lodi arbitrari”, in M.V. Benedettelli – C. Consolo – L.G. Radicati di Brozolo, *Commentario breve al diritto dell’arbitrato nazionale e internazionale*, CEDAM, 2017, pp. 1201 ss.;
- CASAD R.C., “Issue Preclusion and Foreign Country Judgements: Whose Law?”, in *Iowa Law Review*, 1984, pp. 53 ss.;
- CHAINAIS C., “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?*, IRJS, 2015;
- CHAINAIS C., “L’autorité de la chose jugée en procédure civile: perspectives de droit compare”, in *Revue de l’Arbitrage*, 2016, pp. 3 ss.;
- CHENG B., *General Principles of Law*, Sweet & Maxwell, 1953, (ristampa Grotius Publications Ltd., 1987);
- CHILDS T., “Enforcement of International Arbitral Awards: Should a Party Be Allowed Multiple Bites at the Apple?”, in *American Review of International Arbitration*, 2015, pp. 269 ss.;
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Jovene, 1950;
- CHIOVENDA G., “Sulla cosa giudicata”, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. II, Giuffrè, 1993;
- CLAY T., *L’arbitre*, Dalloz, 2001;

- CLERMONT K.M., “Res Judicata as a Requisite for Justice”, in *Rutgers University Law Review*, 68, 2016, p. 1067;
- COHEN D., *Arbitrage et société*, LGDJ, 1993;
- COMOGLIO L.P. – FERRI C. – TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile*, vol. I, Il Mulino, 2011;
- CONSOLO C., “Oggetto del giudicato e principio dispositivo”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, p. 215 ss.;
- CONSOLO C., “Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, pp. 575 ss.;
- CONSOLO C., *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, Giuffrè, 2002;
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, Giappichelli, 2017¹¹;
- CONSOLO C. – STELLA M., “Il giudicato sulla motivazione come zaino da viaggio”, in *Int’l Lis*, 2014, pp. 105 ss.;
- CRAIG W.L., “Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration”, in *Texas International Law Review*, 30, 1995, pp. 1 ss.;
- D’ALESSANDRO E., *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Giappichelli, 2007;
- D’ALESSANDRO E., “Riflessioni sull’efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell’art 824-bis c.p.c.”, in *Rivista dell’Arbitrato*, 2007, pp. 529 ss.;
- DALFINO D., *Questioni di diritto e giudicato*, Giappichelli, 2008;

- DEBOURG C., “L’*autorité de chose jugée des décisions relatives à la compétence arbitrale*”, in *Revue de l’Arbitrage*, 2016, pp. 127-164;
- DE LY F., “The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning”, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 12, 1991;
- DE VRIES H.P., “International Commercial Arbitration: a Contractual Substitute for National Courts”, in *Tulane Law Review*, 57, 1983, pp. 42 ss.;
- DOUCHY-LOUDOT M., “Autorité de la chose jugée au civil sur le civil”, in *JurisClasseur – Procédure Civile*, Fasc. 554, 24 maggio 2018;
- DRAETTA U., “The Transnational Procedural Rules for Arbitration and the Risks of Overregulation and Bureaucratization”, in *ASA Bulletin*, 2015, pp. 327 ss.;
- DUTTA A. – DOMEJ T., voce “Recognition and enforcement of judgments (civil law)”, in in J. Basedow – G. Rühl – F. Ferrari – P. de Miguel Asensio (a cura di), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017;
- FAZZALARI E., “Il cammino della sentenza e della «cosa giudicata»”, in *Rivista di diritto processuale*, 1988, pp. 589 ss.;
- FENTIMAN R., *International Commercial Litigation*, Oxford University Press, 2015²;
- FERRANTE M., “About the Nature (National or A-national, Contractual or Jurisdictional) of ICC Awards under the New York Convention”, in J.C. Schultz – A.J. Van Den Berg (a cura di), *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration – Liber Amicorum Pieter Sanders*, Kluwer Law, 1982;

- FOUCHARD P., “Quand un arbitrage est-il international?”, in *Revue de l'Arbitrage*, 1970, pp. 71 ss.;
- FOUCHARD P. – GAILLARD E. – GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996;
- FOUCHARD P., “La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine”, in *Revue de l'arbitrage*, 1997, pp. 329 ss.;
- FRAGISTAS C.N., “Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé”, in *Revue critique de droit international privé*, 1960, pp. 1 ss.;
- FREEMAN A.C., *A Treatise of the Law of Judgments*, Vol. II, The Lawbook Exchange Ltd., 1925⁵ (ristampa 1993);
- FREER R., *Civil Procedure*, Wolters Kluwer, 2009²;
- FRIGNANI A., *L'arbitrato commerciale internazionale*, CEDAM, 2004;
- FULLER L.L., “The Forms and Limits of Adjudication”, in *Harvard Law Review*, 1978, pp. 353 ss.;
- FUMAGALLI L., “La legge applicabile al merito della controversia nell’arbitrato commerciale internazionale”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1985, pp. 465 ss.;
- GAILLARD E., “Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making”, in *Arbitration International*, 17, 2001, pp. 59 ss.;
- GAILLARD E., “Aspect philosophiques du droit de l’arbitrage international”, in *Recueil des Cours*, 329, 2007, pp. 49-216 ;
- GAILLARD E., *Legal Theory of International Arbitration*, BRILL, 2014 ;

- GAILLARD E., “The Representations of International Arbitration”, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, pp. 271 ss.;
- GAILLARD E., “L’ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité”, in *McGill Law Journal*, 55, 2010, pp. 891 ss.;
- GAILLARD E., “The Emerging System of International Arbitration: Defining «System»”, in *ASIL Proceedings*, 2012, pp. 287 ss.;
- GALLAGHER N., “Parallel Proceedings, Res Judicata and Lis Pendens: Problems and Possible Solutions”, in J.D.M. Lew – L.A. Mistelis, *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006, pp. 329 ss.;
- GHOSH V.N., “An uncertain shield: *res judicata* in arbitration”, in *Arbitration International*, 2015, pp. 661 ss.;
- GIUSSANI A., “Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite”, in *Rivista di diritto processuale*, 2015;
- GOLDMAN B., “Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé”, in *Recueil des Cours*, 109, 1963, pp. 347 ss.;
- GOODE R., “The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration”, in *Arbitration International*, 17, 2001, pp. 19 ss.2;
- GORDON R.D., “Only One Kick at the Cat: a Contextual Rubric for Evaluating *Res Judicata* and Collateral Estoppel in International Commercial Arbitration”, in *Florida Journal of International Law*, 2006, pp. 549-596;
- GRIGERA NAÓN H.A., “Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration”, in *Recueil des Cours*, 289, 2001;

- GUINCHARD V.S., “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*, Dalloz, 2009, pp. 379 ss.;
- HAHN A.C., “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*, Manz, 2014;
- HANOTIAU B., “Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues - An Analysis”, in *Journal of International Arbitration*, 2001, 18, 3, pp. 253-360;
- HANOTIAU B., *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue, and Class Actions*, Kluwer Law International, 2006;
- HARISANKAR K.S., “Annulment versus enforcement of international arbitral awards: does the New York Convention permit issue estoppel?”, in *International Arbitration Law Review*, 2015, 18, 3, pp. 47-53;
- HARRIS S.A., “What is a Cause of Action?”, in *California Law Review*, 1923, pp. 459 ss.;
- HASCHER D., “L’autorité de la chose jugée des sentences arbitrales”, in *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé*, 2004, pp. 17 ss.;
- HEINITZ E., *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, CEDAM, 1937;
- HEISKANEN V., “And/Or/ The Problem of Qualification in International Arbitration”, in *Arbitration International*, 2010, pp. 441-466:

- HOBÉR K., “*Res Judicata* and *Lis Pendens* in International Arbitration”, in *Recueil des Cours*, 366, 2014, pp. 101 ss.;
- HOVAGUIMIAN P., “The Res Judicata Effects of Foreign Judgments in Post-Award Proceedings: To Bind or Not to Bind?”, in *Journal of International Arbitration*, 2017, 34, 1, pp. 79 ss.;
- HOWELL D., “Issue Estoppel Arising out of Foreign Interlocutory Court Proceedings in International Arbitration”, in *Journal of International Arbitration*, 2003, 20, 2, pp. 153 ss.;
- HULBERT R.W., “Arbitral Procedure and the Preclusive Effect of Awards in International Commercial Arbitration”, in *International Tax & Business Lawyer*, 1989, 7, pp. 155 ss.;
- JACQUET J.M., “Les libertés de l’arbitre international”, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, pp. 311 ss.;
- JAKUBOWSKI J., “Reflections on the Philosophy of International Commercial Arbitration and Conciliation”, in J.C. Schultz – A.J. Van Den Berg (a cura di), *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration – Liber Amicorum Pieter Sanders*, Kluwer Law, 1982;
- JARROSSON C., “L’autorité de chose jugée des décisions relatives à l’indépendance des arbitres”, in *Revue de l’Arbitrage*, 2016, pp. 165 ss.;
- JARVIN S. – DERAIS Y., *Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*, Kluwer, Paris, 1990;
- JARVIN S. – DERAIS Y., *Collection of ICC Arbitral Awards (1986-1990)*, Kluwer, Paris, 1994;

- JEMIELNIAK J., “Transnationalization of Domestic Law in International Commercial Arbitration through Comparative Analysis: Challenge for Legal Profession”, in *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 2014, pp. 309 ss.;
- KAUFMANN-KOHLER G., “Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity”, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, pp. 1 ss.;
- KREMSLEHNER F., “The Arbitration Procedure - Lis pendens and res judicata in International Commercial Arbitration”, in G. Zeiler – I. Welser (a cura di), *Austrian Arbitration Yearbook*, Manz, 2007, pp. 127 ss.;
- KRÖLL S., “The Concept of Seat in the New York Convention and the Autonomy of Arbitral Award”, in S.L. Brekoulakis – J.D.M. Lew (a cura di), *The Evolution and Future of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2016;
- LALIVE P., “Problèmes relatifs a l’arbitrage international commercial”, in *Recueil des Cours*, 120, 1967;
- LALIVE P., “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, Kluwer Law International, 1986, pp. 258 ss. ;
- LALIVE P., “The Internationalisation of International Arbitration: Some Observation”, in M. Hunter – A. Marriott – V.V. Veeder (a cura di), *The Internationalisation of International Arbitration*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1995;
- LALIVE P., “Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international”, in *ASA Bulletin*, 2008, pp. 700 ss. ;

- LEW J.D.M., “Achieving the Dream: Autonomous Arbitration”, in *Arbitration International*, 2006, pp. 179 ss.;
- LIEBMAN E.T., voce “Giudicato”, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XVI, Treccani, 1989;
- LOQUIN E., “L’application de règles anationales dans l’arbitrage commercial international”, in *L'apport de la jurisprudence arbitrale – ICC Publication No. 440/1*, 1986 ;
- LOQUIN E., “De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage”, in *Revue de l'Arbitrage*, 2, 2010, pp. 201 ss.;
- LOWE V., “*Res Judicata* and the Rule of Law in International Arbitration”, in *African Journal of International and Comparative Law*, 1996, pp. 38 ss.;
- LUISO F., “L'articolo 824-bis c.p.c.”, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2010, pp. 235 ss.;
- LUPOI M.A., “Quel che resta dell’arbitrato con elementi di estraneità”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, pp. 1339 ss.;
- LUZZATTO R., “International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States”, in *Recueil des Cours*, 157, 1977, pp. 9 ss.;
- LUZZATTO R., voce “Arbitrato commerciale internazionale”, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione commerciale*, UTET, 1987, I;
- LUZZATTO R., “L’arbitrato internazionale e i lodi stranieri nella nuova disciplina legislativa italiana”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1994;

- MACEDO MOREIRA R., “The *Détachement* of International Arbitration: Reflections on the Existence of an Arbitral Order *Détaché*”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2016, pp. 68 ss.;
- MANN F.A., “Lex Facit Arbitrum”, in P. Sanders (a cura di), *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, Martinus Nijhoff, 1967 ;
- MARCUS R.L. – REDISH M.H. – SHERMAN E.F., *Civil Procedure. A Modern Approach*, Thomson West, 2008⁴;
- MARTINEZ-FRAGA P.J., “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: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2012, pp. 357 ss.;
- MARTINEZ-FRAGA P.J. – SAMRA H.J., “The Role of Precedent in Defining Res Judicata in Investor-State Arbitration”, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2012, pp. 419 ss.;
- MAYER P., “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*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1995;
- MAYER P., “Litispendance, connexité et chose jugée dans l’arbitrage international”, in *Liber Amicorum Claude Reymond*, Litec, 2004;
- MAYER P., “Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international? (II. – L’arbitrage, Deuxième Séance)”, in *Revue de l’Arbitrage*, 2005, pp. 361 ss.;
- MAYER P., “La liberté de l’arbitre”, in *Revue de l’Arbitrage*, 2013, pp. 339 ss.;

- MAYER P., “Conflicting Decisions in International Commercial Arbitration”, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2013, 4, 2, pp. 407 ss.;
- MAYER P., “L’*autorité de chose jugée des sentences entre les parties*”, in *Revue de l’Arbitrage*, 2016, pp. 91 ss.;
- MCCOID J.C., “A Single Package for Multiparty Disputes”, in *Stanford Law Review*, 28, 4, 1976;
- MCCONNAUGHAY P.J., “The Risks and Virtues of Lawlessness: a ‘Second Look’ at International Commercial Arbitration”, in *Northwestern University Law Review*, 93, 1999, pp. 453 ss.;
- MCLACHLAN C., “Are National Courts and International Arbitral Tribunals in Two Worlds or One?”, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2016, pp. 577 ss.;
- MELCHIONDA L. – CARRARA C. “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*, CEDAM, 2017, pp. 1179 ss.;
- MENCHINI S., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Giuffrè, 1987;
- MENCHINI S., “Disorientamenti giurisprudenziali in tema di limiti oggettivi del giudicato in ordine a giudizi concernenti ratei di obbligazione periodica”, in *Giurisprudenza Italiana*, 1991, 2, pp. 1118 ss.;
- MENCHINI S., voce “Regiudicata civile”, in *Digesto discipline privatistiche*, vol. XVI, UTET, 1999;
- MENCHINI S., *Il giudicato civile*, UTET, 2002;
- MENCHINI S. – MOTTO A., “Art. 2909 – Cosa giudicata”, in E. Gabrielli (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, UTET, 2015;

- MERLIN E., *Elementi di diritto processuale civile*, Pacini Giuridica, 2017;
- MIGUET J., “Immutabilité et évolution du litige”, in *La Semaine Juridique – Edition Générale*, 1977, n. 43;
- MORRIS J.K., “Nonparties and Preclusion by the Judgment: the Privity Rule Reconsidered”, in *California Law Review*, 1968, 56;
- MOSCONI F. – CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale*, Vol. I, Utet, 2015⁷;
- MOTTO A., “Concorso di fattispecie, *ne bis in idem* e ordine di esame delle questioni di rito”, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2012, pp. 340 ss.;
- MOTULSKY H., “La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge”, in *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, (ristampa 2010);
- MOTULSKY H., “Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile”, in *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, (ristampa 2010);
- NAZZINI R., “Remedies at the Seat and Enforcement of International Arbitral Awards: *Res Judicata*, Issue Estoppel and Abuse of Process in English Law”, in *Asia Arbitration Journal*, 2014, pp. 139 ss.;
- NAZZINI R., “Consistency and divergence in international arbitration: evolutionary reflections on *res judicata* and abuse of process under the New York Convention: the fourth annual CI Arb Roebuck lecture”, in *Arbitration*, 2014, pp. 273 ss.;
- ODORISIO E., “Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato”, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 253 ss.;

- PARK W.W., “The *Lex Loci Arbitri* and International Commercial Arbitration”, in *International and Comparative Law Quarterly*, 32, 1983, pp. 21 ss.;
- PARK W.W., “The Procedural Soft Law of International Arbitration: Non-governmental Instruments” in in J.D.M. Lew – L.A. Mistelis, *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006;
- PAULSSON J., “Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin”, in *International and Comparative Law Quarterly*, 30, 1981, pp. 358 ss.;
- PAULSSON J., “Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters”, in *International and Comparative Law Quarterly*, 32, 1983, pp. 53 ss.;
- PAULSSON J., “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, Springer;
- PAULSSON J., *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2013;
- PICONE P., “Caratteri ed evoluzione del metodo tradizionale dei conflitti di leggi”, in *Rivista di diritto internazionale*, 1998, pp. 2 ss.;
- PINSOLLE P. – AL ALI S., “How Arbitrators Should Treat Prior Awards Rendered on the Same Contract”, in *Indian Journal of Arbitration Law*, 2016, V, 2, pp. 43 ss.;
- PONZANO F., “La res judicata nell’arbitrato commerciale internazionale: note a margine della monografia di Silja Schaffstein”, in *Rivista dell’Arbitrato*, 2017, pp. 181 ss.;

- POUDRET J.F. –BESSON S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, L.G.D.J., 2002;
- PROTO PISANI A., “Appunti sulla tutela di mero accertamento”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1979;
- PROTO PISANI A., “Appunti sul giudicato civile e i suoi limiti oggettivi”, in *Rivista di diritto processuale*, 1990;
- PROTO PISANI A., *Le tutele giurisdizionali dei diritti: studi*, Jovene, 2003;
- PUNZI C., “«Efficacia di sentenza» del lodo”, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2005, pp. 819 ss.;
- PUNZI C., “Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, pp. 395 ss.;
- RACINE J.B., “Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international (II. – L'arbitrage, Deuxième Séance)”, in *Revue de l'Arbitrage*, 2005, pp. 305 ss.;
- RADICATI DI BROZOLO L.G., “The Impact of National Law and Courts on International Commercial Arbitration Mythology, Physiology, Pathology, Remedies and Trends”, in *Cahiers de l'Arbitrage*, 2011, pp. 663 ss.;
- RADICATI DI BROZOLO L.G., “Res Judicata”, in P. Tercier (a cura di), *Post Award Issues, ASA Special Series no. 38*, Juris, New York, 2011;
- RADICATI DI BROZOLO L.G., voce “International Commercial Arbitration” in J. Basedow – G. Rühl – F. Ferrari – P. de Miguel Asensio (a cura di), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017;
- REDFERN A. – HUNTER M., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2004⁴;

- RICCI G.F., voce “Accertamento giudiziale”, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, vol. I, UTET, 1987;
- RICCI G.F., “«Individuazione» o «sostanziazione» nella riforma del processo civile”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1995, pp. 1127 ss;
- RICCI G.F., “Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale”, in *Rivista dell’Arbitrato*, 2011, pp. 165 ss.;
- RIGAUX F., “Souveraineté des Etats et arbitrage transnational”, in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982;
- ROMANO S., *L’ordinamento giuridico*, Sansoni, 1946²;
- ROOD C., “Conflicts of Procedure Between Courts and Arbitral Tribunals with Particular Reference to the Right of Access to Court”, in *African Journal of International and Comparative Law*, 2011, pp. 236 ss.;
- RUBINO SAMMARTANO M., *International Arbitration Law and Practice*, Kluwer Law International, 2001;
- SANDERS P., “Trends in the Field of International Commercial Arbitration”, in *Recueil des Cours*, 147, 1975, pp. 205 ss.;
- SANDERS P., “Rethinking Arbitral Preclusion”, in *Law and Policy in International Business*, 1992, pp. 101 ss.;
- SANDERS P., *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice: a Comparative Study*, Kluwer Law International, 1999;
- SANTACROCE F.G., “Navigating the troubled waters between jurisdiction and admissibility: an analysis of which law should govern characterization of preliminary issues in international arbitration”, in *Arbitration International*, 2017, 33, pp. 539 ss.;

- SCHAFFSTEIN S., *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, Oxford University Press, 2016;
- SCHNEIDER M., “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. Derains, *Liber Amicorum Serge Lazareff*, 2011;
- SERAGLINI C., “Brèves remarques sur les Recommandations de l’Association de Droit International sur la litispendance et l’autorité de la chose jugée en arbitrage”, in *Revue de l’Arbitrage*, 2006, pp. 909 ss.
- SERAGLINI C., “Le droit applicable à l’autorité de la chose jugée dans l’arbitrage”, in *Revue de l’Arbitrage*, 2016, pp. 51 ss.;
- SHELL G.R., “*Res Judicata* and Collateral Estoppel Effects of Commercial Arbitration”, in *UCLA Law Review*, 1988, pp. 623 ss.;
- SHEPPARD A., “*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, Volume 3, Kluwer Law International 2005;
- SIME S. , “Res judicata and ADR”, in *Civil Justice Quarterly*, 2015, 34, 1 , pp. 35 ss.;
- SMIT H., “A-National Arbitration”, in *Tulane Law Review*, 63, 1989, pp. 629 ss.;
- SÖDERLUND C., “Lis Pendens, Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings”, in *Journal of International Arbitration*, 2005, 22, 4, pp. 301 ss.;

- SPENCER BOWER G. –TURNER A.K., *The Doctrine of Res Judicata*, Butterworths, 1969;
- SPOORENBERG F. – VIÑUALES J.E., “Conflicting Decisions in International Arbitration”, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2009, 8, pp. 91 ss.;
- 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, Juris, 2015, pp. 107 ss.;
- STROHBACH H., “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*, Kluwer Law, 1982;
- TARUFFO M., “Collateral estoppel e giudicato sulle questioni”, in *Rivista di diritto processuale*, 1972, pp. 272 ss.;
- TEMBOURY REDONDO M., “Preliminary Judgments, *Lis Pendens* and *Res Judicata* in Arbitration Proceedings”, in M.Á. Fernández-Ballesteros – D. Arias (a cura di), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Wolters Kluwer – La Ley, 2010;
- VAN DEN BERG A.J., “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*, Kluwer Law, 1982;
- VERDE G., *Diritto Processuale Civile*, Vol. 2, Zanichelli, 2017⁵;
- VESTAL A.D., *Res Judicata / Preclusion*, Matthew Bender, 1969;
- VILLATA S.A., “I limiti oggettivi dell’ autorità di una sentenza straniera nel sistema «Bruxelles»”, in *Rivista di diritto processuale*, 2015, pp. 821 ss.;

- VIZIOZ H., *Études de procédure*, Dalloz, 1956 (ristampa del 2011);
- VOLPINO D., “Il riconoscimento del giudicato statunitense”, in *Int’l Lis*, 2007, pp. 88 ss.;
- VOSER N. – RANEDA J., “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, pp. 742 ss.;
- WALTERS G.L., “Fitting a Square Peg into a Round Hole Do *Res Judicata* Challenges in International Arbitration Constitute Jurisdictional or Admissibility Problems?”, in *Journal of International Arbitration*, 2012, pp. 651 ss.;
- WESTERLIND J.M., “The preclusive effect of arbitration awards”, in *Mealey’s Litigation Report*, 2010, 21, 8, pp. 1 ss.;
- WONG J., “Court or Arbitrator: Who Decides Whether *Res Judicata* Bars Subsequent Arbitration under the Federal Arbitration Act”, in *Santa Clara Law Review*, 2005, 46, 1, pp. 49 ss.;
- WOOLHOUSE S.P., “The Effect of an Arbitration Award on Subsequent Arbitration between Different Parties: an English Law Perspective”, in *International Arbitration Law Review*, 2004, 7, 5, pp. 150 ss.;
- YAFFE N., “Transnational Arbitral *Res Judicata*”, in *Journal of International Arbitration*, 2017, 34, 5, pp. 795 ss.;
- ZAUGG N., “Objective scope of *res judicata* of arbitral awards – Is there room for discretion?”, in *ASA Bulletin*, 2017, 2, pp. 319 ss.;

ZEUNER A. – KOCH H.,

“Effects of Judgments”, in M. Cappelletti (a cura di),
International Encyclopedia of Comparative Law, Vol.
XVI - Civil Procedure, Martinus Nijhoff, 2012.

ALTRE FONTI

AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement of the Law (Second) of Judgments, 1985;

AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States;

AMERICAN LAW INSTITUTE, “Comment to § 481 – Recognition and Enforcement of Foreign Judgments”, *Restatement (Third) of Foreign Relations*, spec. para c);

IBA SUBCOMMITTEE ON RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF ARBITRAL AWARDS, “Report on the Public Policy Exception in the New York Convention”, 2015, reperibile al sito web: https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Recognitn_Enfrcemnt_Arbitl_Awrđ/publicpolicy15.aspx

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, “Interim Report: *Res Judicata* and Arbitration”, Berlin Conference, 2004, p. 6 e spec. nota 24;

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, “Recommendations on *Res Judicata* and Arbitration”, Resolution no. 1/2006, Annex 2;

“Judgments Convention: Revised Preliminary Explanatory Report”, Prel. Doc. No. 10 of May 2018, <https://www.hcch.net/en/projects/legislativeprojects/judgments/special-commission>;

PRICEWATERHOUSECOOPERS – QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON, “International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices 2008”, pp. 2-8;

Relazione Jenard sulla convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, del 27 settembre 1968, in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee*, n. C 59 del 5 marzo 1979;

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

Report of the committee on the enforcement of international arbitral awards”, 28 Marzo 1955, E/2704, indirizzo web: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NY_Convention_travaux.html);

Report of the Secretary General on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 31 gennaio 1956, n. E/2822, indirizzo web: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_travaux.html;

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>;

WHITE&CASE – QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON, “2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration”;

ELENCO DELLE SENTENZE

CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA

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;

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;

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;

Corte Internazionale di Giustizia, Regno Unito v. Albania, *Corfu Channel – Assessment of Amount of Compensation*, Sentenza del 15 dicembre 1949.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Corte di Giustizia dell'Unione europea, *Hoffmann v Krieg*, C-145/86, 4 febbraio 1988;

Corte di Giustizia dell'Unione europea, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG v Samskip GmbH*, C-456/11, 15 novembre 2012.

AUSTRALIA

Blair v Curran (1939) 62 CLR 464, HCA;

Jackson v Goldsmith (1950) 81 CLR 446;

Queensland v Commonwealth (1977) 139 CLR 585;

Rogers v The Queen (1994) 181 CLR 251.

FRANCIA

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 de Cassation, 9 ottobre 1984, *Palbak Ticaret Ltd. Sirketi v. Norsolor S.A.*;

Cour de Cassation, 23 marzo 1994, *Hilmarton Ltd. v. Omnium de Traitement et de Valorisation*;

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, assemblée plénière, n. 06-11.343 21 dicembre 2007;

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;

Cour d'Appel de Paris, 21 febbraio 1980, *General National Maritime Transport Company v. Société Götaverken Arendal A.B.*.

GERMANIA

Bundesgerichtshof, IVb ZR 19/89 del 13 dicembre 1989 (BGH NJW 1990, 1795);

Bundesgerichtshof, I ZR 269/00 del 26 giugno 2003 (BGH NJW 2003, 3058);

Bundesgerichtshof, V ZB 181/12 del 10 ottobre 2013 (BGH NJW-RR 2014, 63).

INGHILTERRA E GALLES

Ferrer v Arden, (1598) 77 E.R. 263, 266, (K.B.);

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;

Humphries v Humphries [1910] 2 KB 531, CA;

Ord v Ord [1923] 2 KB 432;

Churchill & Sim v Goddard [1937] 1 KB 92;

Marginson v Blackburn Borough Council [1939] 2 KB 426, (CA);

Dann v Hamilton [1939] 1 K.B. 509;

Canada and Dominion Sugar Co Ltd v Canadian National Steamships Ltd [1947] AC 46;

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] P. 181, CA;

Letang v Cooper [1965] 1 Q.B. 232;

Fidelitas Shipping Co Ltd v V/O Exportchleb [1965] 1 Lloyd's Rep 13 (CA);

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;

DPP v Humphrys, [1977] A.C. 1;

Gleeson v J. Wippell & Co. Ltd. (1977) 1 W.L.R. 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;

Mecklermedia Corp. v DC Congress GmbH [1988] Ch 40;

Baratok Ltd v Epiette Ltd [1988] 1 BCLC 283, CA;

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;

Desert Sun Loan Corp v Hill [1996] C.L.C. 1132;

Young v Murphy [1996] 1 VR 279, HCA;

Barrow v Bankside Members Agency Ltd [1996] 1 WLR 257;

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;

Johnson v Gore Wood [2002] 2 AC 1;

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;

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;

Virgin Atlantic Airways Ltd v Zodiac Seats UK Ltd [2013] UKSC 46;

Resolution Chemicals Limited v H. Lundbeck A/S [2013] EWHC 739;

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.

ITALIA

Corte di Cassazione, sez. I, n. 3165 del 29 settembre 1954;

Corte di Cassazione, sez. III, n. 2969 del 22 maggio 1979;

Corte di Cassazione, sez. III, n. 3265 del 8 giugno 1979;

Corte di Cassazione, sez. un., n. 1892 del 21 aprile 1989;

Corte di Cassazione, sez. un., n. 10178 del 19 ottobre 1990;

Corte di Cassazione, sez. lav., n. 10279 del 1 dicembre 1994;

Corte di Cassazione, sez. lav., n. 5968 del 27 maggio 1995;

Corte di Cassazione, sez. lav., n. 5092 del 23 novembre 1998;

Corte di Cassazione, sez. I, n. 5092 del 19 aprile 2000;

Corte di Cassazione, sez. I, n. 9335 del 14 luglio 2000;

Corte di Cassazione, sez. un., n. 527 del 3 agosto 2000;

Corte di Cassazione, sez. II, n. 11930 del 11 settembre 2000;

Corte di Cassazione, sez. lav., n. 15993 del 18 dicembre 2001;

Corte di Cassazione, sez. II, n. 12564 del 27 agosto 2002;

Corte di Cassazione, sez. I., n. 10009 del 24 giugno 2003;

Corte di Cassazione, sez. trib., n. 10202 del 26 giugno 2003;

Corte di Cassazione, sez. II, n. 5964 del 25 marzo 2004;

Corte di Cassazione, sez. un., n. 12868 del 16 giugno 2005;

Corte di Cassazione, sez. I, n. 1760 del 27 gennaio 2006

Corte di Cassazione, sez. II, n. 4598 del 2 marzo 2006;

Corte di Cassazione, sez. III, n. 4804 del 6 marzo 2006;

Corte di Cassazione, sez. un., n. 13916 del 16 giugno 2006;

Corte di Cassazione, sez. lav., n. 15093 del 26 giugno 2009;

Corte di Cassazione, sez. III, n. 9325 del 20 aprile 2010;

Corte di Cassazione, sez. I, n. 3909 del 17 febbraio 2011;

Corte di Cassazione, sez. lav., n. 12943 del 24 luglio 2012;

Corte di Cassazione sez. II, n. 22316 del 30 settembre 2013;

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 24153 del 25 ottobre 2013;

Corte di Cassazione, sez. II, n. 10853 del 16 maggio 2014;

Corte di Cassazione, sez. II, n. 25918 del 9 dicembre 2014;

Corte di Cassazione, sez.un., n. 26242 del 12 dicembre 2014;

Corte di Cassazione, sez. II, n. 2300 del 5 febbraio 2016;

Corte di Cassazione, sez. trib., n. 11629 del 11 maggio 2017;

Corte di Cassazione, sez. I., n. 15190 del 20 giugno 2017;

Corte di Cassazione, sez. trib., n. 16560 del 5 luglio 2017;

Corte di Cassazione, sez. lav., n. 25745 del 30 ottobre 2017;

Corte di Cassazione, sez. III, n. 3702 del 15 febbraio 2018;

Corte di Cassazione, sez. II, n. 11289 del 10 maggio 2018;

Corte di Cassazione, sez. VI, n. 8645 del 9 aprile 2018;

Corte di Cassazione, sez. lav., n. 16688 del 25 giugno 2018;

Tribunale di Milano, sez. spec. impresa, n. 824 del 25 gennaio 2018.

STATI UNITI

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);

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);

U.S. v. Tohono O'Odham Nation, U.S. Supreme Court, 563 U.S. 307 (2011);

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);

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);

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);

Miller v. Nichols, U.S. Court of Appeal, First Circuit, 586 F.3d 53 (2009);

Capitol Hill Group v. Pillsbury, Winthrop, Shaw, Pittman, LLC, U.S. Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 569 F.3d 485 (2009);

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);

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);

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);

Searle Brothers v Searle, Supreme Court of Utah, 588 P.2d 689 (1978);

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

SVIZZERA

Tribunale Federale svizzero, 121 III 474/1995;

Tribunale Federale svizzero, 4C_430/1999 del 27 marzo 2000;

Tribunale Federale svizzero, 27 III 279 del 14 maggio 2001;

Tribunale Federale svizzero, 4C_314/2004 del 17 novembre 2004;

Tribunale Federale svizzero, 4C_82/2006;

Tribunale Federale svizzero, 5A_537/2007;

Tribunale Federale svizzero, 136 III 345 del 13 aprile 2010;

Tribunale Federale svizzero, 4A_508/2013 del 27 maggio 2014;

Tribunale Federale svizzero, 4A_545/2013;

Tribunale Federale svizzero, 4A_347/2014;

Tribunale Federale svizzero, ATF 140 III 278 del 24 maggio 2014;

Tribunale Federale svizzero, 4A_374/2014 del 26 febbraio 2015;

Tribunale Federale svizzero, 141 III 229 del 29 maggio 2015;

Tribunale Federale svizzero, 8C_79/2013 del 30 giugno 2017;

Tribunale Federale svizzero, 5A_838/2017.

ELENCO DEI LODI ARBITRALI

Lodo CRCICA n. 67/1995, citato in S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, Oxford University Press, 2016, p. 153, spec. nota 215;

Lodo ICC, n. 2745/1977, citato in S. JARVIN – Y. DERAÏNS, *Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*, Kluwer, Paris, 1990, pp. 325 ss.;

Lodo ICC, n. 2762/1977, citato in S. JARVIN – Y. DERAÏNS, *Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*, Kluwer, Paris, 1990, pp. 325 ss.;

Lodo ICC, n. 3383/1979, citato in S. JARVIN – Y. DERAÏNS, *Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*;

Lodo ICC, n. 4126/1984, citato in S. JARVIN – Y. DERAÏNS, *Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*;

Lodo ICC, n. 3540/1988, citato 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, p. 18-19;

Lodo ICC, n. 5901/1989, citato 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, p. 19;

Lodo ICC, n. 6293/1990, citato 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, p. 20;

Lodo ICC, n. 7438/1997, citato 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, p. 18-19;

Lodo ICC, n. 10027/2000, citato 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, p. 20;

Lodo ICC, n. 10574/2000, citato in *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XXXV, 2010, pp. 158-167;

Lodo ICC, n. 13507/2000, citato in *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XXXV, 2010, pp. 158-167.

Lodo UNCITRAL, non pubblicato, riportato in K. HOBÉR, “*Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*”, in *Recueil des Cours*, 366, 2014, pp. 259-262.