



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

MICHELE GRASSI

**IL RICONOSCIMENTO DEGLI EFFETTI
DEL GIUDICATO NELL'ARBITRATO
COMMERCIALE INTERNAZIONALE**



G. Giappichelli Editore

INTRODUZIONE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. *Struttura dello studio*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPITOLO I

ASPETTI GENERALI DELLA TEORIA DEL GIUDICATO

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

1. *La nozione di «res judicata»*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷ Cfr. *infra*, capitolo II.

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

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

1.1. *Giudicato formale e giudicato sostanziale*

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

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

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

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

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

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