



**Civil Procedure Review**  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

***Civil Procedure Review* - ISSN 2191-1339**

**Electronic Law Review in the field of Procedural Law**

**<http://www.civilprocedurereview.com>**

**Vol.6 – N°1 – jan./apr. 2015**



# Summary

**Vol.6 – N°1 – jan./apr. 2015**

**INTERESSE AD AGIRE E ZONE D'INTERESSE (STANDING TO SUE AND ZONES OF INTEREST)**

ANTONIO CABRAL ..... p.3

**L'ULTIMA RIFORMA FRANCESE DELL'ARBITRATO (THE LAST ARBITRATION REFORM IN FRENCH LAW)**

GIOVANNI BONATO ..... p.31

**FOREIGN COUNTRY JUDGMENTS AND THE RES JUDICATA PUZZLE: WHOSE PRECLUSION LAW SHOULD U.S. COURTS APPLY?**

L. RACHEL LERMAN AND PETER MORRIS ..... p.66

**EXTENSÃO DA COISA JULGADA À RESOLUÇÃO DA QUESTÃO PREJUDICIAL INCIDENTAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (RES IUDICATA AND ISSUE PRECLUSION IN THE NEW BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE)**

FREDIE DIDIER JR. .... p.81

**CLASS ACTIONS IN ARGENTINA: THE NEED FOR A WIDER SCOPE TO EMBRACE JUDICIAL EFFICIENCY**

FRANCISCO VERBIC ..... p.95



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## ***Interesse ad agere e zone di interesse***

(Standing to sue and zones of interest)

***Antonio Cabral***

Professor of Civil Procedure at the Rio de Janeiro State University, Brazil.

Federal Prosecutor and former Federal Judge

Keywords: Standing to sue. European tradition. Insufficiency. New procedural players and modern proceedings. New concept. Zones of Interest.

Abstract: The present text analyses the problems presented by the traditional model of standing to sue in civil law tradition, criticizing all its formulations, whether they are more attached to private standards or to extreme public-interest-oriented views that despise the free will of the parties and the legitimate strategies permitted by the procedural system. The zones of interest come as an alternative, frequent in common law practice, that could allow procedural participation whenever the objective is some value or goal that is worth being protected.

Summary. 1. Individual rights and the requisites do file a law suit. 2. Standing to sue between past and present: from the necessity to zones of interest. 2.1. "Procedural interest" in the european tradition: necessity, adequacy or utility? 2.2. From adversaries to co-players: cooperative solutions, joint requests etc. 2.3. The "juridical interest" in interpleader and joinder. Analysis of disinterested parties. 2.4. Problems of the traditional theory regarding standing to sue. 2.5. The insufficiency of standing for interpleader and joinder. 2.6. Zones of interest. 2.6.1. Follows: Applications in merely declarative proceedings. The so-called



*Vorfragen*. 2.6.2. Other applications of the concept of zones of interest. Conditional rights, relations that have a progressive formation, evidence proceedings without imminent danger to loose de evidence, subjective indefinition etc. 3. Short conclusion.

Sommario. 1. Condizioni dell'azione e diritto materiale. 2. Interesse ad agire tra passato e presente: dal bisogno di tutela alle zone d'interesse. 2.1. Interesse ad agire: necessità, adeguazione o utilità? 2.2. Da avversari a co-giocatori: soluzioni cooperative, richieste congiunte, interessi simultaneamente contrapposti e comuni. 2.3. L'interesse giuridico degli intervenuti e i soggetti "disinteressati". L'attuazione imparziale basata sull'interesse pubblico. 2.4. I problemi della teoria tradizionale sull'interesse ad agire. 2.5. L'insufficienza dell'interesse ad agire nella disciplina degli interventi di terzi. 2.6. Zone d'interesse. 2.6.1. Segue. Applicazioni nella tutela di accertamento. Le *Vorfragen*. 2.6.2. Segue. Altre applicazioni delle zone d'interesse. Diritti condizionati, *fattispecie* di formazione progressiva, procedimenti probatori senza *periculum in mora*, indefinizione soggettiva, ecc. 3. Breve conclusione.

Palavras-chave: Interesse de agir. Flexibilização. Zonas de interesse. Interesse *ad actum*.

1. Il concetto di interesse ad agire, che per intenderci possiamo chiamare "tradizionale", è sempre stato legato in modo esclusivo all'idea di una controversia su diritti soggettivi, a parti contrapposte. Ma oggi possiamo incontrare situazioni nelle quali, a nostro giudizio, quella nozione non è più adeguata. La nostra aspirazione è, quindi, quella di delineare una nozione nuova, più ampia, che possa valere per tutti i casi nei quali il tradizionale concetto non si adatta. Partiremo, così, da una premessa generalizzante, propria di una teoria generale, per dimostrare l'insufficienza delle "condizioni dell'azione" nel processo moderno.<sup>1</sup>

---

1 Comunque vorremmo mettere in evidenza l'insufficienza del concetto tradizionale d'interesse ad agire in tutti i casi. Ma per quelli che non credono nella teoria generale del processo, saremmo contenti se questa proposta delle «zone di interesse» sia ricevuta come una nozione speciale, utilizzabile per spiegare alcune situazioni diverse



Continuiamo a lavorare ancora con le “condizioni dell'azione” per ragioni etiche e di economia processuale, allo scopo di evitare l'instaurazione di processi senza alcuna probabilità di esito e per inibire azioni temerarie che potrebbero molestare altri individui senza limite.

Con la tesi dell'astrattezza dell'azione e la consacrazione della teoria della prospettazione, la presenza delle condizioni dell'azione ha cominciato ad essere verificata in base alle allegazioni del litigante stesso. In quel contesto, gli astrattisti hanno cercato di sviluppare le condizioni dell'azione come un limite più obiettivo, un filtro per l'esercizio dei diritti processuali basato sul diritto materiale e sull'ordinamento, e non soltanto sulle allegazioni della parte.<sup>2</sup> Quindi il potere di praticare un atto sarebbe decorrente dalla norma sostanziale, e in essa dovrebbero essere trovate le condizioni che limitano il compimento dell'atto processuale.

Seguendo questa linea, molti autori non si sono mai staccati dal vincolo statico dell'attuazione dei soggetti del processo alla correlata posizione che quel soggetto occupa nel “rapporto giuridico” materiale. Però il diritto moderno presenta situazioni che non possono essere trasposte a questo modello tradizionale, un formato tipicamente privatista dell'attore-creditore contro il convenuto-debitore, basato su un diritto soggettivo ed interessi materiali privati contrapposti.<sup>3</sup>

---

dalla tradizionale lite a parti contrapposte su un diritto soggettivo. L'utilità di questo concetto, come si vedrà, può ampliare l'accesso alla giustizia in innumerevoli processi.

2 Mandrioli, *Corso di Diritto Processuale Civile*. Torino: G.Giappichelli, 30<sup>a</sup> Ed., 2000, p.53-54; Greco, *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p.21-28.

3 Alcuni autori hanno provato a svincolare le condizioni dell'azione dal diritto materiale, come le costruzioni tedesche che studiano l'interesse nel campo dei presupposti processuali e la legittimazione straordinaria come un “diritto autonomo di conduzione del processo” (*Prozessführungsrecht*). Cfr. Leipold, *Die Verbandsklage zum Schutz allgemeiner und breitgestreuter Interessen in der Bundesrepublik Deutschland*, in Gilles (Hrsg). *Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung*. Berlin: Carl Heymanns, 1983, p.66, che afferma che la domanda di tutela in nome della collettività non si adegua ai concetti classici, essendo più vicina alla legittimazione dell'attore popolare: “Der Verband nimmt Interessen der Allgemeinheit wahr, wenn er – außerprozessual oder prozessual – gegen den Verwender oder Empfehler vorgeht. Da jeder Bürger auch Verbraucher ist, leuchtet es übrigens auch nicht ein, von einem 'Gruppeninteresse' zu sprechen. Die Wahrnehmung von Interessen der Allgemeinheit ist nicht gut mit der Figur der Prozeßstandschaft zu erfassen; denn dann müßte es sich um ein fremdes, einem anderen zustehendes materielles Recht handeln. Eher ließe sich von einer selbständigen Prozeßführungsberechtigung oder einer (personell) 'eingeschränkten Popularklage' sprechen (...)”; Greger, *Verbandsklage und Prozeßrechtsdogmatik – Neue Entwicklungen in einer schwierigen Beziehung*, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 113.Band, Heft 4, 2000, p.400,



Prima di cominciare ad esaminare l'interesse ad agire, vorremmo fare un'osservazione iniziale, avvertendo i lettori dell'impossibilità di potere sviluppare l'argomento, in questa sede, in maniera esaustiva. Si tratta della nostra concezione sull'azione. Pensiamo che la visione tradizionale dell'azione (in senso concreto o astratto) sia "statica", rimettendosi sempre (e ugualmente) al diritto materiale anteriore all'inizio del processo. Vorremmo analizzare l'azione in senso più "dinamico", come qualcosa che "vive nel processo nel suo divenire", come ha detto il E.F. Ricci. Da questa concezione, che potremmo sviluppare in un altro contributo più approfondito, deriva la nostra tendenza a considerare l'interesse ad agire (come tutte le condizioni dell'azione) con riferimento non soltanto a ciò che è necessario per una decisione sul merito (azione astratta) o per una decisione di accoglimento della domanda (azione in senso concreto), ma soprattutto come un presupposto che riguarda l'ammissibilità di ognuno degli atti processuali che si compiono nel corso del procedimento. Una condizione mutevole e dinamica, legata anche a scopi processuali non necessariamente vincolati agli interessi materiali privati. Fatta, quindi, questa osservazione, torniamo al interesse.

2. Come insegna Ugo Rocco, ci sono beni che servono come mezzi per ottenere altri beni, ragion per cui sono considerati "beni strumentali" o "beni-mezzo".<sup>4</sup> Ossia, non soddisfano direttamente nessuna necessità umana ma riguardano altri beni, questi sì, in grado di soddisfare. Questa differenza permette di identificare interessi di primo grado e interessi di secondo grado, o nella nomenclatura più comune, interessi materiali e interessi processuali.

L'interesse materiale è il rapporto tra una necessità umana e i beni capaci di soddisfarla<sup>5</sup>, un rapporto che risiede nelle norme sostanziali e la cui protezione o riparazione è lo scopo della domanda. D'altra parte, l'interesse processuale (o interesse ad agire) è legato al provvedimento richiesto al giudice per la soddisfazione degli interessi materiali. In questo senso l'interesse ad

---

nota n.5, e p.402, dove dice che il *Bundesgerichtshof* preferisce parlare di una doppia natura (*Doppelnatur*) della sostituzione processuale, allo stesso tempo legata alla pretesa (al diritto materiale) e al *Prozeßführungsbefugnis*.

4 U. Rocco. *Trattato di diritto processuale civile – parte generale*. Torino: Utet, v.1, 1996, p.17.

5 Carnelutti. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, ristampa, volume I, 1930, p.3 ss.



agire è comunemente descritto come un “interesse di secondo grado”, un interesse “strumentalizzato” in funzione dell'interesse primario di protezione del diritto materiale.<sup>6-7</sup>

Sebbene rimonti all'adagio romano *de minimis non curat praetor*, l'origine dell'interesse ad agire è francese, dove sorge storicamente nei brocardi “*pas d'intéret pas d'action*” e “*l'intéret est la mesure des actions*”.<sup>8</sup> In Francia, l'interesse fu concepito come un criterio per valutare le azioni atipiche,<sup>9</sup> e fino al secolo scorso molti ancora si attenevano a questa idea: l'interesse ad agire era visto come una “norma di chiusura” sistemica per le azioni atipiche, liberando l'azione dall'essere sempre riferita ad un diritto soggettivo legalmente tipizzato.<sup>10</sup>

Era proprio un criterio di ordine pratico, e quest'empirismo, sommato alla bassa densità teorica della dottrina francese di allora, ha trasformato il filtro (“nessun interesse, nessun'azione”), attraverso il raziocinio contrario, in una condizione: “solo chi avrà interesse avrà azione”.<sup>11</sup> Questa massima viene utilizzata per impedire che questioni oziose siano portate davanti alle corti, occupando i giudici con pretese che potrebbero essere risolte nella società, degradando la funzione giudicante al ruolo di un mero consultore delle parti.<sup>12</sup>

Posteriormente, la clausola è migrata in altri paesi europei, come l'Italia, in cui è stata adottata a livello legislativo (art. 36 del codice del 1865), prima che nella stessa Francia ci fosse

---

6 In senso simile, Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*. Trad..Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.154-155; Mandrioli, *Corso di Diritto Processuale Civile. cit.*, p.51; Fabiani, *Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato, in questa rivista*, 1998, p.548.

7 Ma l'interesse ad un certo risultato o prodotto non è confondibile con l'interesse a ottenere quel risultato attraverso un determinato mezzo. Così, se è vero che l'interesse processuale non può esserci ed essere compreso totalmente senza l'interesse sostanziale, sono concetti diversi. Cfr.Satta, *Interesse ad agire e legittimazione, in Foro it.*, 1954, IV, p.170; Grasso, *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire, in Studi in onore di Gioacchino Scaduto*. Padova: CEDAM, Diritto Pubblico, IV, 1970, p.345.

8 Morel, *Traité Élémentaire de Procédure Civile*. Paris: Sirey, 10<sup>a</sup> Ed., 1949, p.31; Garsonnet-Cézar-Bru, *Précis de Procédure Civile*. Paris: Sirey, 9<sup>a</sup> Ed., 1923, p.92-93; Berriat Saint-Prix, *Cours de Procédure Civile e Criminelle*. Bruxelles: Stapleau, 5<sup>a</sup> Ed., tomo I, 1823, p.172 e ss; Lanfranchi, *Note sull'interesse ad agire, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXVI, n.3, 1972, p.1119; Marinelli, *La clausola generale dell'art.100 C.P.C. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*. Trento: Alceione, 2005, p.22.

9 Lanfranchi, *Note sull'interesse ad agire, cit.*, p.1119.

10 Andrioli, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1961, p.228 ss; Greco, *A teoria da ação no processo civil. cit.*, p.34.

11 Lanfranchi, *Note sull'interesse ad agire, cit.*, p.1119-1120.

12 Satta, *A proposito dell'accertamento preventivo, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XIV, 1960, p.1400-1401; Didier Jr., *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.283.



una legge al riguardo.<sup>13</sup> Successivamente si sarebbe verificata un'altra evoluzione, una vera rottura del concetto francese verso l'idea tedesca<sup>14</sup> del “bisogno di tutela giuridica” (*Rechtsschutzbedürfnis*), il cui contenuto si è sviluppato in maniera un pò diversa. Vediamo le differenze.

2.1. Nell'ambito della dottrina processuale dell'ultimo mezzo secolo, il dibattito sull'interesse ad agire ruota intorno a due diverse concezioni: quella dell'interesse ad agire come “stato di lesione” del diritto allegato (da cui deriva il concetto di interesse-necessità); e quella dell'interesse come utilità del processo per l'attore, sia come mezzo, sia come risultato (interesse-adequazione e interesse-utilità).

La concezione dell'interesse-necessità (bisogno di tutela) è nata da una visione del processo come *ultima ratio* per l'attore:<sup>15</sup> la domanda dovrebbe essere ammissibile solo se l'attore non avesse altri mezzi per soddisfare il suo diritto senza l'intervento statale del processo.<sup>16</sup> Si esigeva un'effettiva lesione o violazione del diritto materiale dell'attore affinché la causa potesse essere portata davanti al giudice. Quindi, l'interesse era classicamente legato all'inadempimento.<sup>17</sup>

---

13 In Francia, solo nel 1975 in occasione dell'elaborazione del nuovo codice, la clausola ha raggiunto *status* normativo (art.31). In Germania non c'è una disposizione generale sull'interesse e le poche regole usate per sostenerne la base legale non sono chiare. Si tratta dei §§ 66, 256 e 485 della *Zivilprozessordnung*, che parlano dell'“interesse giuridico” (*rechtliches Interesse*). Il modello dell'“interesse legittimo” (*berechtigtes Interesse*) viene previsto anche nei §.43 VwGO, §41 FGO e §55 SGG per le azioni di accertamento nella giurisdizione amministrativa. Sul tema, Cfr.Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts*. Bielefeld: Giesecking, 2<sup>a</sup> Ed., 1974, p.390; Pohle, *Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis*, in *Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag*. München: CH Beck, 1957, p.195.

14 Schönke, *Das Rechtsschutzbedürfnis. Studien zu einem Zivilprozessualen Grundbegriff*. Detmold: Nauck, 1950.

15 Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts. cit.*, p.390; Fabiani, *Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato*, *cit.*, p.553-554, specialmente interessante per quanto riguarda la giurisprudenza della Cassazione italiana.

16 Wach, *Der Rechtsschutzanspruch*, in *Zeitschrift für deutschen Civilprozeß*, XXXII, 1904, p.30; Grasso, *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*, *cit.*, p.335-336; Sauer, *Grundlagen des Prozessrechts. cit.*, p.530; Blomeyer, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*. Berlin: Duncker & Humblot, 2<sup>a</sup> Ed., 1985, p.201.

17 Inizialmente si legava ad un danno generalmente pecuniario. Posteriormente, si è data enfasi alla necessità giuridica (bisogno) di tutela. Cfr.Garsonnet-César-Bru, *Précis de Procédure Civile, cit.*, p.92; Jauernig, *Zivilprozessrecht*. München: C.H.Beck Verlag, 28<sup>a</sup> Ed., 2003, p.144; Mandrioli, *Corso di Diritto Processuale Civile*.



Oggi prevale, in Brasile ed anche in Italia,<sup>18</sup> la nozione, di influenza tedesca, dell'interesse ad agire come un filtro di efficienza attraverso il quale si vuole evitare il dispendio di attività giurisdizionale inutile.<sup>19</sup> Si tratta di una prospettiva utilitaria dell'interesse ad agire, basata sui binomi “interesse-utilità” e “interesse-adequazione” e che risiede nel rapporto tra il provvedimento richiesto e la situazione di fatto allegata.<sup>20</sup>

L'interesse-utilità vuole regolare l'attività statale, evitando di riempire gli scaffali dei tribunali con processi che potrebbero essere risolti, se non spontaneamente, almeno con minore impegno e costo.<sup>21</sup> In base a questa prospettiva, non si può proporre un processo qualora ci sia un mezzo giudiziale o stragiudiziale più semplice o rapido per risolvere la questione.<sup>22</sup> E l'attore non può pretendere un provvedimento che lo collochi nella stessa posizione processuale in cui si trovava *ante litem*. C'è bisogno di un miglioramento della sfera giuridica dell'attore che possa derivare dal provvedimento richiesto.

In questo senso, lo sviluppo del concetto di interesse-adequazione permetterebbe una verifica da parte del giudice dell'effettività del meccanismo sempre che ci sia una pluralità di mezzi disponibili per la parte.<sup>23</sup>

---

*cit.*, p.52; Liebman, *Manual de Direito Processual Civil. cit.*, p.155; Lanfranchi, *Note sull'interesse ad agire, cit.*, p.1127.

18 Cfr.Sassani, *Note sul concetto di interesse ad agire*. Rimini, 1983, spec. p.30 ss.

19 Pohle, *Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis*, *cit.*, p.197 ss; Jauernig, *Zivilprozessrecht. cit.*, p.143.

20 Attardi, *Interesse ad agire, in Digesto delle discipline privatistiche*. Sezione Civile, I, Torino, 1993, p.517-518; E.F.Ricci, *Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari, in questa rivista*, 1994, p.661.

21 Merlin, *Mero accertamento di una questione preliminare?*, *in questa rivista*, 1995, p.207; Morel, *Traité Élémentaire de Procédure Civile. cit.*, p.31; Greco, *A teoria da ação no processo civil. cit.*, p.39-40.

22 Lüke, *Zivilprozessrecht*. München: C.H.Beck, 9ª Ed., 2006, p.154-155; Jauernig, *Zivilprozessrecht. cit.*, p.144; Sauer, *Grundlagen des Prozessrechts. cit.*, p.530; Blomeyer, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren. cit.*, p.201; Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts. cit.*, p.394. Questa è stata anche la linea seguita dai teorici del principio dell'economia processuale. Cfr.Comoglio. *Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XXXII, n.2, 1978, pp.608 ss.

23 La dottrina e giurisprudenza tedesche hanno sviluppato criteri per l'applicazione dell'interesse-adequazione partendo da giudizi di probabilità. Così, se il mezzo non fosse il più semplice, dovrebbe essere ammessa la domanda soltanto se ci fosse un “motivo ragionevole” (*verständiger Grund*), come nel caso di “dubbio fondato” sull'eseguitività del titolo. In questo senso, si pongono alcune decisioni del *Bundesgerichtshof* (NJW, 94, 1352). In senso simile, il *Superior Tribunal de Justiça* brasiliano ha già ammesso un'azione di condanna quando c'è titolo esecutivo, purché sussista dubbio riguardo alla sua forza esecutiva: STJ – 3ª Turma – REsp 717276-PR – Rel.Min.Nancy Andrighi, g..21.06.2007. Cfr.Jauernig. *Zivilprozessrecht. cit.*, p.144; Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts. cit.*, pp.394-395; Blomeyer *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren. cit.*, p.202. Dobbiamo tenere



In Brasile, fu Dinamarca che diffuse in dottrina l'idea di interesse-adequazione,<sup>24</sup> poi largamente accolta da altri autori,<sup>25</sup> e che corrisponderebbe all'analisi della pertinenza dell'utilizzazione di quel mezzo procedimentale, in confronto con altri mezzi più economici o efficaci.<sup>26</sup>

Si nota che c'è una grande divisione tra le concezioni dell'interesse come bisogno o come utilità: una prospettiva focalizzata sull'inevitabilità del processo, un estremo rimedio accessibile soltanto quando un soggetto non ha un mezzo per la soddisfazione del proprio diritto;<sup>27</sup> e la tesi che mette in rilievo gli effetti che il processo potrebbe produrre per l'attore.

Il “bisogno di tutela” era fondato su una visione individualista: doveva venire affermata una lesione di un diritto della parte in un contesto conflittuale, proprio della “lite” in senso carneluttiano.<sup>28</sup> Pertanto il processo era inteso come unicamente diretto alla protezione del diritto sostanziale dei litiganti, ispirato all'ideale liberale e civilista che tutela il rapporto di diritto materiale dedotto in giudizio.

Posteriormente, e con lo sviluppo del binomio adeguazione-utilità, la teoria ebbe un approccio pubblicista, vale a dire, venne analizzata dal punto di vista dello Stato, vedendo l'interesse come un mezzo di gestione processuale per economia di tempo ed energia dei servizi giudiziari.<sup>29</sup>

---

conto, ciò nonostante, di non interferire nella strategia processuale del litigante: in molti casi, soprattutto nel processo civile, dove ci troviamo frequentemente di fronte ad interessi disponibili, il soggetto può scegliere liberamente la sua linea difensiva, senza che lo Stato possa intromettersi. Quindi, c'è uno spazio di libertà nella scelta, ad esempio, tra procedimento monitorio e azione di condanna ordinaria, senza che si possa autoritariamente sopprimere le alternative.

24 Cfr. Dinamarca, *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, vol. II, 3ª Ed., 2003, p.305.

25 Cfr. Freitas Câmara, *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 19ª Ed., vol. I, 2009, p.118-119.

26 In questo senso, è comune l'utilizzazione dell'interesse-adequazione per l'ipotesi in cui l'attore propone una domanda di mero accertamento quando già vi è stato inadempimento, oppure quando si chiede la condanna e esiste già un titolo esecutivo. Cfr. Attardi, *L'interesse ad agire*. Padova: CEDAM, 1958, p.24-25; Schönke, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*. Karlsruhe: C.F. Müller, 7ª Ed., 1951, p.167; Nikisch, *Zivilprozeßrecht*. Tübingen: Mohr, 1950, p.142.

27 Didier Jr., *Pressupostos processuais e condições da ação*, cit., p.284.

28 Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. Roma: Foro Italiano, 2ª Ed., 1941, p.8.

29 Schönke, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*. cit., p.167. Cfr. Sauer, *Grundlagen des Prozessrechts*. cit., p.527-528.



2.2. Prima di segnalare gli errori teorici della classica concezione dell'interesse processuale, vogliamo mettere in evidenza alcune situazioni pratiche in cui non riusciamo ad applicare precisamente il concetto tradizionale di interesse ad agire. Si tratta di situazioni processuali in cui l'attuazione della parte viene permessa senza che ci sia lite, lesione o utilità del processo necessariamente legata al diritto materiale del litigante; situazioni in cui le tre facce dell'interesse (bisogno, adeguazione, utilità) possono essere criticate.

Questo succede con moderne soluzioni cooperative<sup>30</sup> come i *contrats di procédure*<sup>31</sup> o le domande congiunte.<sup>32</sup> In queste ipotesi siamo davanti a casi in cui, ancorché le parti possiedano interessi materiali contrapposti, per quei fini specifici e in quel momento processuale, la loro attuazione congiunta pare essere l'alternativa strategica più adeguata. È chiaro che il concetto di “bisogno di tutela” in questo ambito non si adatta.

---

30 Infatti, con lo sviluppo dei principi di cooperazione e buona fede, genericamente applicabili ai soggetti del processo, vince l'idea collaborativa del contraddittorio, imponendo la co-partecipazione dei soggetti. Oggi il processo non è più inteso nel conflitto o nella lite, ma intorno all'aggregazione, alla coniugazione tra interessi privati e interessi pubblici. Cfr. Baumgärtel, *Treu und Glauben im Zivilprozeß*, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 86. Band, Heft 3, 1973; Lent, *Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß*, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 67. Band, Heft 5, 1954, p.344-345; Lüke, *Betrachtungen zum Prozeßrechtsverhältnis*, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 108. Band, Heft 4, 1995, p.443; Müller, *Gesetzliche und prozessuale Parteipflichten*. Zürich: Schulthess, 2001, pp.35 e ss; Cabral, *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*, in questa rivista, Anno LX, n.2, 2005, pp.459 ss; Bueno, *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva., 2ª Ed., 2008, p.55-58.

31 I contratti di procedura, sviluppati in Francia, sono accordi tra i soggetti processuali attraverso i quali tutti decidono sulle regole di quel processo specifico, fissando termini per le allegazioni e la sentenza, dispensando mezzi di impugnazione, disciplinando le prove, ecc. Si tratta di situazioni dove i soggetti, qualunque siano i loro interessi materiali, agiscono insieme per specifiche finalità processuali che siano favorevoli a tutti. Cfr. Ferrand, *The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France*, in Trocker-Varano (Ed.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino: G.Giappichelli, 2005, p.21; Cadet, *Conventions relatives au procès en droit français*, in *Revista de Processo*, ano 33, n.160, junho, 2008, p.74; Caponi, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXII, n.3, supplemento, 2008, pp.99 ss.

32 Gli ordinamenti francese (artt. 54, 750 e 845 del *code*) e belga (art. 706 del *code judiciaire*), già da qualche tempo, e anche il regime sperimentale portoghese (art. 9.º del Decreto-lei n.º 108/2006) ammettono, ad esempio, la proposizione di domande congiunte delle parti. Cfr. Costa e Silva, *A ordem do juízo de D.João III e o regime processual experimental*, in *Revista de Processo*, n.156, 2008, p.246; Cadet, *Conventions relatives au procès en droit français*, *cit.*, p.72. Il diritto processuale del lavoro brasiliano prevede anche un istituto simile nell'art. 114 §2º della *Constituição da República* del 1988, modificato dalla *emenda constitucional* n. 45/2004.



Lo stesso accade rispetto alle situazioni di esistenza simultanea di interessi materiali comuni e contrapposti tra alcuni soggetti situati nello stesso polo della domanda. Vale a dire, ancorché compongano il polo attivo o passivo (a causa della polarizzazione iniziale della domanda), alcuni soggetti possono avere pretese e sfere d'interessi materiali comuni, ed altre sfere di discordanza. Questo succede spesso negli interventi di terzi e nel litisconsorzio.<sup>33</sup> Dobbiamo ricordare, con Brüggemann, che ci sono casi nel processo, come questi, in cui non si osserva un'effettiva contrapposizione d'interessi, ma solo una "rivalità formale"; casi in cui i soggetti del processo non sono oppositori (*Gegenspieler*), ma congiocatori (*Mitspieler*).<sup>34</sup>

Ma certamente è nei procedimenti concorsuali che vediamo la maggiore quantità di interessi che possono rivelarsi allo stesso tempo contrapposti e comuni. Da un lato, il gruppo ha l'obiettivo comune di ottenere la soddisfazione dei suoi interessi verso l'avversario. Però, siccome questa soddisfazione si ha solo per la comunione di una massa unica di beni, a cui si può accedere soltanto nell'ordine dei crediti e in accordo con le prelazioni legali, ci sono evidenti interessi contrapposti.<sup>35</sup>

Tutti questi casi mostrano che una nuova riflessione sull'interesse ad agire in tali procedimenti merita di essere sviluppata, perché l'attuazione dei concreditori contro se stessi

---

33 Ne è esempio l'intervento principale e la sua doppia direzione. Qui l'attuazione delle parti e del terzo hanno un curioso e mutevole formato: ora si aiutano, ora si combattono. Situazione simile si verifica nel litisconsorzio. In Brasile, Dinamarco ha identificato casi di grande litigiosità interna tra i litisconsorti (Dinamarco, *Litisconsórcio. cit.*, pp. 34 e 397-398). Il maggior dibattito al riguardo accade nell'ambito del litisconsorzio attivo necessario. In questo caso, il litisconsorte appare nel polo passivo solo formalmente perché i suoi interessi materiali vengono allineati con il polo opposto. Cfr. Dinamarco, *Litisconsórcio. cit.*, pp. 222 e ss.

34 Brüggemann, *Unausgebildete Gegnerschaftsverhältnisse*, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 81.Band, 1969, p.458-459, 466 e 471-473.

35 Tutti hanno natura economica o patrimoniale, caratteristiche del procedimento stesso, come ha notato il Grunsky, *Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts*. Tübingen: Mohr, 4ª Ed., 1987, pp.28-29, 37-38. Sulla differenza degli interessi materiali dei diversi soggetti, Cfr. Tarzia, *Le parti e i terzi nelle procedure concorsuali*, in *Rivista di Diritto Processuale*, n.2, 1993, p.378-383; Jauernig, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*. München: CH Beck, 21ª Ed., 1999, pp.173-175. Così, nell'impugnare il credito di un altro concreditore, l'impugnante cerca di diminuire il valore che l'altro deve ricevere, assicurando attivi più elevati per effettuare il pagamento a se stesso. È una situazione che succede comunemente nei procedimenti fallimentari e d'insolvenza civile, ma anche negli altri processi di esecuzione.



frequentemente è irrilevante per il debitore, e qui la visione classica dell'interesse come bisogno-utilità (o necessità-utilità) è chiaramente insoddisfacente.<sup>36</sup>

2.3. Tradizionalmente, come visto, l'attuazione dei soggetti del processo sempre fu vincolata al diritto materiale. Così storicamente c'è stata una connessione necessaria tra l'esercizio di posizioni processuali e l'impegno del soggetto con la vittoria di uno degli interessi materiali oggetto della lite. In questo senso fu consacrata anche l'analisi dell'interesse ad agire per l'intervento di un terzo nel processo.

L'interveniente deve dimostrare il suo *interesse giuridico* nella domanda ossia deve provare la ripercussione che il risultato del processo potrà avere sul rapporto giuridico di cui è titolare.<sup>37</sup> Così, l'interesse giuridico è stato sempre concepito come un "interesse fondato su un rapporto giuridico" di diritto materiale (*Rechtsbeziehung begründetes Interesse*).<sup>38</sup> Non basterebbe un mero interesse altruistico o economico come permesso dall'abrogato CPC brasiliano del 1939 (art.2°) e dall'abrogato Codice Civile brasiliano del 1916 (art.76); e nemmeno si inquadrava nel concetto di interesse giuridico lo scopo di chiarire o accertare fatti o semplici questioni di diritto.<sup>39</sup>

Modernamente, tuttavia, l'attuazione di molti enti — sia nella condizione di parte o di terzo (intervenuti) — va smitizzando il concetto tradizionale dell'interesse giuridico e il vincolo delle condizioni dell'azione al diritto materiale del soggetto.<sup>40</sup> L'attuazione dell'*amicus curiae* può essere indicata come un esempio curioso di soggetto disinteressato, la cui partecipazione non è vincolata a un rapporto materiale. Si tratta di un intervento basato sull'interesse pubblico

---

36 Jauernig, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, cit., pp.8-9, 258-259. Cfr. Grunsky, *Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts*, cit., p.17-18.

37 Cfr. Bley, *Klagrecht und rechtliches Interesse*. Leipzig: Theodor Welcher, 1923, *passim*.

38 Jauernig, *Zivilprozessrecht*, cit., p.344-345.

39 Baur-Grunsky, *Zivilprozeßrecht*. Kriftel: Luchterhand, 10. Auflage, 2000, p.102: "Ein nur wirtschaftliches oder ideelles Interesse genügt nicht. Ein rechtliches Interesse ist vor allem anzunehmen in den Fällen der Rechtskrafterstreckung einer Regreßforderung oder Regreßverbindlichkeit". Morel, *Traité Élémentaire de Procédure Civile*, cit., p.32; Hirte, *Der amicus-curiae-brief - das amerikanische Modell und die deutschen Parallelen*, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 104. Band, Heft 1, 1991, p.43.

40 Le azioni collettive, ad esempio, ci presentano casi di conduzione del processo da parte di soggetti che non sono né si affermano titolari dei diritti dedotti in giudizio.



di partecipare, essendo ammesso in molti paesi, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, l'interesse meramente economico.<sup>41</sup>

2.4.1 I problemi della teoria tradizionale sull'interesse ad agire fin qui presentati sono molti e non è nostra intenzione, in uno studio di piccole proporzioni come questo, descriverli tutti. Alcuni tuttavia devono essere menzionati, sia rispetto all'interesse-necessità (bisogno), sia in riferimento all'interesse-adequazione o interesse-utilità.

Inizialmente, vediamo che il concetto di lesione o stato di lesione come criterio per il “bisogno” di tutela si fonda su una visione civilista del diritto d'azione, il quale sorgerebbe solo come reazione alla violazione del diritto materiale: l'*actio nata* o il diritto soggettivo “armato per la guerra”. Si vede un vincolo ai “diritti soggettivi” o al “rapporto giuridico” che limita inadeguatamente l'interesse ad agire a situazioni private a parti contrapposte.<sup>42</sup>

Era un concetto forgiato nella teoria del processo di cognizione e unicamente per l'azione di condanna, giacché la lesione era evidentemente un dato che non si incastrava bene, per esempio, nella teoria dell'azione di mero accertamento e in tutte ipotesi dove nemmeno veniva affermata dal litigante una violazione del diritto materiale.<sup>43</sup> Oltre a tutto ciò, non

---

41 Cabral, Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial: o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*, in *Revista de Direito Administrativo*, vol.234, dez. 2003, anche pubblicato nella *Revista de Processo*, vol.117, set-out 2004, p.25. Cfr. Bueno, *Amicus curiae no processo civil brasileiro. cit.*, p.268; Bianchi, Un'amicizia interessata. L'*amicus curiae* davanti alla corte suprema degli Stati Uniti, in *Giurisprudenza Costituzionale*, anno XL, n.6, Milano, Giuffrè, 1995, pp.4751 ss.

42 È la critica che traspare dall'innovativo contributo del Trzaskalik sull'interesse nell'azione di accertamento. Trzaskalik, *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß. Studien zur Fortentwicklung des Rechtsschutzverständnisses*. Berlin: Duncker & Humblot, 1978, p.12-15.

43 Cfr. Sauer, *Grundlagen des Prozessrechts. cit.*, p.527-528; Klein, *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*. Wien: Manz, 1900, p.194. Pertanto, Chiovenda preferisce menzionare non la “lesione” ma invece, che l'interesse nell'azione di accertamento viene da uno “stato di fatto contrario al diritto”, imputabile al convenuto per un rapporto di causalità il quale, se non risolto da una sentenza, potrà generare un danno all'attore. Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di Diritto Processuale*. Milano: Giuffrè, Riedizione del 1993, vol.I, nota 68, pp.81-82; *Id.*, *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, Ristampa inalterata, 1965, pp.159, 177.



vengono considerati altri tipi di processi, come i processi cautelari ed esecutivi, dove vari “adattamenti” al concetto d’interesse furono operati dalla dottrina.<sup>44</sup>

D'altra parte, la relazione del bisogno con la lesione ha il gran difetto di permettere la confusione tra il merito e le condizioni dell'azione.<sup>45</sup> Sebbene rispetto all'astrattezza del diritto d'azione, molti autori si sforzino nel differenziare l'esistenza della lesione (che tocca il merito) e l'affermazione dell'occorrenza della lesione (che sarebbe sufficiente per l'interesse),<sup>46</sup> ancora si vedono costanti contraddizioni dottrinarie.<sup>47</sup> Quindi, possiamo veramente differenziare la “lesione avvenuta” dalla “lesione affermata”? Ci sarebbe una lesione *in rerum natura* o essa abita soltanto il piano delle qualificazioni giuridiche?<sup>48</sup>

Il bisogno di tutela è anche legato al concetto di lite in senso carneluttiano, che oggi sappiamo non essere essenziale alla giurisdizione.<sup>49</sup> Se qualche volta i litiganti hanno interessi materiali comuni e contrapposti allo stesso tempo; se i litiganti possono avere interessi contrapposti in un momento, e posteriormente avere interessi comuni; se ci sono soggetti del processo, come l'*amicus curiae*, che attuano imparzialmente senza qualsiasi rapporto con il diritto materiale oggetto della controversia; per tutte queste ragioni, vediamo che l'esistenza di un conflitto d'interessi con altri soggetti non può essere una condizione per l'attuazione processuale.

---

44 Così l'interesse nelle azioni cautelari è stato definito come il pericolo a cui è esposto il diritto. Cfr. Attardi, *L'interesse ad agire*, cit., p.158 ss., 164 ss.; Cruz e Tucci., *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: RT, 2ª ed., 2000, p.175; Grasso, *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*, cit., p.329. In Brasile, difende una concezione delle condizioni dell'azione anche per l'esecuzione e per il processo cautelare Freitas Câmara, *Condições da ação?*, in *Escritos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.66-67.

45 Sassani, *Note sul concetto di interesse ad agire*, cit., pp.26 ss.

46 Schönke, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*. cit., p.168; Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*. cit., p.155-156; Mandrioli, *Corso di Diritto Processuale Civile*. cit., p.52.

47 Difficoltà cominciata con lo stesso Bülow, quando ha studiato i requisiti formali dell'azione come condizioni della sua esistenza. Cfr. Bülow, *Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Zivilprozessrechts*, in *Zeitschrift für deutschen Civilprozeß*, XXVII, 1900, p.236 e ss.

48 Come Satta già scriveva: Satta, *A proposito dell'accertamento preventivo*, cit., p.1397.

49 Ciò che veniva difeso da Chiovenda. Cfr. Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*”, cit., p.34, nota 6. Carnelutti non si convince, sostenendo adattamenti all'interesse ad agire perché servisse al concetto di lite. Cfr. Carnelutti, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Studi di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, vol.4, 1939, pp.346-347.



Il “bisogno di tutela” non è adeguato nemmeno in riferimento all’analisi della legittimazione passiva, legata all’interesse attraverso il concetto di lesione. Si dice, a questo riguardo, che l’“interesse a contestare”, previsto dall’art. 4° CPC brasiliano e dall’art. 100 del *Codice* italiano, non ha un significato proprio: se il convenuto ha interesse solo perché è stato indicato nella domanda come convenuto, si finisce con il riassumere l’interesse nella legittimazione.<sup>50</sup>

Per quanto riguarda l’interesse-adequazione, ci pare evidente che la scelta esatta del procedimento non può essere indicativa dell’interesse. Se un soggetto ha utilizzato un mezzo inadeguato non significa che non abbia interesse; è vero che può aver attuato con eccesso, ma per il solo fatto di aver usato uno strumento più costoso o incisivo, non possiamo affermare che abbia agito senza interesse processuale.<sup>51</sup> Altrettanto, la valutazione del procedimento da scegliere considera fattori diversi, come costi, *expertise* dei giudici, rapidità di tramite, ecc., valutazioni che devono esser fatte dalle parti e che magari non vengono considerate dal giudice nel decidere sulla mancanza d’interesse.<sup>52</sup> Il problema di questa visione pubblicistica dell’interesse ad agire è quello di giustificare qualunque decisione, ancorché arbitraria, motivata in base all’economia di attività processuale. Ricordiamo che deve esserci rispetto per le strategie legittime e per gli spazi di libertà leciti nei quali un soggetto può fare scelte procedurali, senza che lo Stato possa impedirgli tali opzioni.

D’altra parte, riteniamo anche che il binomio interesse-utilità non risponde alle caratteristiche del moderno diritto processuale.<sup>53</sup>

---

50 Come fanno, ad esempio, Satta-Punzi, *Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 30<sup>a</sup> Ed., 2000, p.99-100. Sul tema, Cfr. Marinelli, *La clausola generale dell’art.100 C.P.C. cit.*, p.165-166; Grasso, *Note per un rinnovato discorso sull’interesse ad agire, cit.*, pp.345-346.

51 Hanno ragione Didier Jr., *Pressupostos processuais e condições da ação. cit.*, p.286; Greco, *A teoria da ação no processo civil. cit.*, p.36.

52 Cfr. Pohle, *Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, cit.*, p.201-202.

53 In primo luogo, pare non esserci chiarezza su quale sia la differenza tra l’interesse-necessità e l’interesse-utilità e vari autori riconducono la necessità all’utilità o il contrario, e confondono la causa dell’interesse (il suo elemento genetico), e lo scopo o risultato preteso dall’interessato. Cfr. Fabiani, *Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato, cit.*, p.563; Greco, *A teoria da ação no processo civil. cit.*, p.40. Ha ragione, sul punto, Grasso, *Note per un rinnovato discorso sull’interesse ad agire, cit.*, pp.325-326.



La lesione è inconciliabile con l'idea di utilità come la conosciamo, perché, se ben analizzato, il provvedimento richiesto non corrisponde ad un “miglioramento” nella situazione giuridica dell'attore. Di fatto, l'individuo non ricava un vantaggio dal processo perché nulla acquisisce o incrementa nella sua sfera giuridica. Invece, si verifica una “reintegrazione” dello stato giuridico anteriore alla lesione.

Inoltre, l'interesse ad agire basato su un risultato utile soltanto al livello del rapporto giuridico è apertamente legato all'azione concreta perché proietta la vittoria dell'interesse materiale corrispondente.<sup>54</sup> Ci sarebbe così una contraddizione con l'astrattezza dell'azione.

Altresì, le condizioni dell'azione storicamente rimettono al rapporto di diritto materiale al momento di proposizione della domanda, poiché la situazione materiale deve essere affermata nel primo atto del processo come *causa petendi*.<sup>55</sup> Ma la frontiera tra l'utile e l'inutile non è un *quid* preesistente al quale il giudice si possa attenere,<sup>56</sup> ma un dato sviluppato nel corso del procedimento, dinamicamente delineato dal contraddittorio. Se le dinamiche interazioni del rapporto processuale fanno di ogni contesto situazionale uno specifico punto di interessi materiali, diversi e mutevoli, dobbiamo, anche nello studio dell'interesse ad agire, ridurre la sfera di analisi ad ogni singolo atto praticato, a “moduli” e momenti processuali precisi, svincolando l'approccio dell'interesse-utilità da un immutabile rapporto giuridico materiale, bloccato all'inizio del processo e che riflette una realtà preprocessuale che può essere, in un altro momento nel corso del processo, completamente alterata.

Non è possibile imprigionare la realtà della vita, ricca ed in costante alterazione, al “punto zero” del momento in cui l'azione fu proposta. È necessario che il giudice si svincoli dalle allegazioni iniziali perché l'azione è individuata in un momento, ma l'interesse si verifica come un *posterius*,<sup>57</sup> caratterizzato dal risultato utile dell'effettivo esercizio dell'azione e della difesa in una diversa situazione temporale.

---

54 Cfr. Lanfranchi, *Note sull'interesse ad agire*, cit., p.1134.

55 Didier Jr. *Pressupostos processuais e condições da ação*. cit., p.278; Fazzalari, *Istituzioni di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 8ª Ed., 1996, p.273.

56 Merlin, *Mero accertamento di una questione preliminare?*, cit., p.208.

57 Lanfranchi, *Note sull'interesse ad agire*, cit., p.1134.



2.5. La teoria sull'interesse ad agire rispetto ai terzi è anch'essa inadeguata al processo contemporaneo.

È vero che, da un lato, il concetto d'interesse giuridico serve per evitare che l'interveniente venga ad immischiarsi in processi altrui<sup>58</sup> e che l'interesse ad agire si giustifica per proteggere i singoli contro processi senza ragione o con bassa probabilità di esito.<sup>59</sup> Però, la clausola dell'interesse giuridico limita il contraddittorio e la partecipazione dei terzi all'esigenza privatista di un pregiudizio che il soggetto può subire nei suoi "rapporti giuridici" materiali<sup>60</sup>

In effetti, nell'escludere l'interesse economico o qualsiasi altra utilità giuridica che non si riferisca al "rapporto giuridico materiale", il concetto tradizionale d'interesse giuridico limita l'accesso alla giustizia di numerose situazioni in cui interessi materiali collaterali sorgono in decorrenza del processo ed agli individui coinvolti non viene aperta la porta del processo.

Se generalmente l'interesse giuridico viene contrapposto all'interesse economico, in realtà forse dovrebbe essere inteso come un interesse per il quale l'ordinamento giuridico porti un qualche valore degno di protezione,<sup>61</sup> ancorché non fondato su un rapporto giuridico. L'interesse economico è, così, un criterio legittimo per verificare l'interesse processuale. Ed ammettiamolo: nel mondo attuale, e soprattutto nel processo civile, è difficile pensare ad un interesse che non abbia nessun contenuto economico.<sup>62</sup>

---

58 Blomeyer, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren. cit.*, p.180; Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts. cit.*, p.401.

59 Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts. cit.*, p.392.

60 Cfr. Tarzia, *Il contraddittorio nel processo esecutivo, in Esecuzione forzata e procedure concursali*. Milano: Cedam, 1994, p.77-84; *Idem*, *Questioni sulle opposizioni di terzi all'esecuzione e agli atti esecutivi, in Esecuzione forzata e procedure concursali, cit.*, p.289 ss.

61 Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts. cit.*, p.401-402.

62 Questa era già l'avvertenza del Klein: "Das Interesse muß ein rechtliches, aber nicht nothwendig ein vermögensrechtliches, nicht einmal ein privatrechtliches sein; zur Feststellungsklage berechtigt auch ein strafrechtliches, proceßrechtliches, eventuell ein verwaltungsrechtliches Interesse. Das vermögensrechtliche Interesse wird sich fast immer als wirtschaftliches, finanzielles Interesse geben. Letzteres steht nicht etwa im Gegensatz zum rechtlichen Interesse, es ist nicht einmal eine besondere Gattung rechtlichen Interesses, sondern nur die Umrechnung der juristischen in die ökonomische Währung, die Projicirung des Rechtsanspruchs auf die Wirtschaftssphäre. Wer legitime Geldinteressen an der alsbaldigen Feststellung nachweist, hat ein 'rechtliches' Interesse dargethan". Klein, *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses, cit.*, p.195. La *Supreme Court*



Nell'esecuzione, ad esempio, ci sono molteplici interessi di vari soggetti, titolari di correlate situazioni giuridiche decise nel processo. Molte volte, questi individui possiedono interessi materiali che vogliono essere protetti nell'esecuzione, senza che l'ordinamento, nei modelli della teoria classica, permetta la loro attuazione processuale perché sarebbero “solo” interessi economici, o perché non si riferiscono a un rapporto giuridico.

È necessaria una nuova concezione dell'interesse processuale per i terzi, come la tendenza della giurisprudenza di altri paesi sull'allentamento del concetto di interesse giuridico per ammettere come sufficiente anche l'interesse economico.<sup>63</sup> Il *Supremo Tribunal Federal* brasiliano ha già flessibilizzato il concetto di interesse giuridico per l'interveniente, ammettendo l'intervento con l'argomento che, ancorché manchi un correlato rapporto giuridico, il terzo dovrebbe poter partecipare alla formazione di un precedente giudiziale che potrebbe, nel futuro, colpirne la sfera giuridica.<sup>64</sup> Ed anche nella disciplina dell'*intervention* americana (*Rule 24* delle *Federal Rules of Civil Procedure*) troviamo interessanti soluzioni pratiche per l'intervento di terzi.

2.6. Per tutto quanto esposto, è manifestamente insoddisfacente l'approccio classico dell'interesse ad agire, sia quello basato sulla premessa egoista dell'interesse giuridico per i terzi, o sulla premessa privatista e polarizzata del bisogno di tutela, o anche sull'autoritarismo dell'interesse-adequazione. L'unico binomio che riteniamo importante riguarda l'utilità.

Ma dobbiamo flessibilizzare l'analisi dell'interesse processuale, ammettendo una concenzone delle condizioni dell'azione che parta dalla visione più dinamica del rapporto

---

nordamericana spesso ammette gli interessi economici come sufficienti per configurare lo *standing*. Cfr. *Sierra Club v. Morton*, [405 U.S. 727 (1972)].

63 Così il riferimento di Blomeyer all'interesse nell'azione di mero accertamento. Cfr. Blomeyer, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren. cit.*, p.214. Una critica alla teoria tradizionale dell'interesse ad agire si trova in Trzaskalik, *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß. cit.*, p.17-19.

64 RE nº 550.769 QO-RJ, Rel.Min.Joaquim Barbosa, 28.02.2008. Sul tema, Cfr. Didier Jr., “Revisão do conceito de interesse jurídico que autoriza a assistência simples: intervenção para colaborar com a criação de precedente judicial. Análise de recente decisão do STF”, in *Revista de Processo*, n.158, abril, 2008, p.279-282.



processuale e riguardi ogni atto del processo.<sup>65</sup> Il raziocinio utilitaristico dell'interesse ad agire, pertanto, deve far attenzione ad ogni modulo o "zona d'interesse"<sup>66</sup> pertinente all'atto o congiunto di atti che la parte desidera compiere.

È un dato di fatto che l'interesse venga legato ad un risultato perché il raziocinio impiegato è utilitaristico.<sup>67</sup> In effetti, l'atto interessato è sempre teleologicamente orientato perché la causa dell'atto e il risultato proiettato sorgono logicamente nello stesso momento,<sup>68</sup> ancorché l'esito non venga raggiunto. Ciò nonostante, l'utilità che deve orientare la verifica dell'interesse processuale non è quella definita e propagata tradizionalmente, legata al rapporto giuridico, al diritto soggettivo o a qualunque altro formato privatista. L'utilità che deve dirigere lo studio dell'interesse ad agire è un'*utilità processualmente rilevante* per il soggetto,

---

65 Cfr. Schönke, *Das Rechtsschutzbedürfnis. cit.*, pp.13-18; Pohle, *Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, cit.*, pp.196 e 230 ss. Dinamarco già notava che l'interesse ad agire deve essere verificato per ogni atto processuale. Cfr. Dinamarco, *Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 7ª Ed., 2002, p.128 e nota 23.

66 La Suprema Corte nordamericana verificando lo *standing* in certi casi, ha utilizzato il concetto di "zone of interests" e "zone of protection" come parametri per analizzare l'interesse processuale del litigante, ma la dottrina afferma che esiste una cattiva definizione giurisprudenziale di questo criterio. Cfr. Friedenthal-Kane-Miller, *Civil procedure*, St. Paul: West, 3ª Ed., 1999, p.336. La base costituzionale dello *standing* negli Stati Uniti si trova nella clausola (art. III), secondo la quale le corti devono giudicare "cases and controversies". Così, i tribunali devono verificare se l'attore è sufficientemente vincolato alla lite portata davanti al giudice. Come dice il Justice Scalia, "the core component of standing is an essential and unchanging part of the case-or-controversy requirement of Article III. See, e. g., *Allen v. Wright*, 468 U. S. 737, 751 (1984)". Cfr. *Sierra Club v. Morton* [405 U.S. 727 (1972)]; *Lujan v. Defenders of Wildlife*, [504 U.S. 555 (1992)]; *Data Processing Service v. Camp*, (397 U. S. 150), *Barlow v. Collins* (397 U. S. 159). La generalità della norma ha condotto l'elaborazione giurisprudenziale di parametri più precisi. Ci sono oggi due test basici consacrati dalla Corte Suprema. Il primo è verificare se la parte ha allegato che l'atto o la condotta del convenuto gli ha causato un danno di fatto (*injury in fact*). Nel secondo test, si vuol sapere se quel danno colpisce una delle zone d'interesse protette dalla legge, di cui viene affermata la violazione.

67 Cfr. Sauer, Wilhelm. *Grundlagen des Prozessrechts. cit.*, p.529.

68 Moraes. *Interesse e legitimização para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, pp.64-67. Come afferma Grasso, tre elementi vengono usati per fissare la nozione d'interesse ad agire: la causa o ragione determinante dell'interesse (normalmente il nucleo del concetto); il *quid* causato (raramente definito e generalmente intuito); e lo scopo o risultato preteso dall'interessato. La causa è l'elemento genetico dell'interesse, qualche volta la lesione (attuale o probabile nel processo cautelare), un danno nella sfera giuridica del soggetto. Il risultato preteso per colui che chiede rimette necessariamente alla causa dell'interesse, perché risolve la tensione esistente nel diritto materiale. Però, raramente si dà enfasi al *quid* intermedio tra la causa dell'interesse e il risultato preteso. Per l'attore, l'interesse può essere concepito solo come una situazione psicologica di tensione della causa al risultato, o, in altri termini, della necessità alla sua soddisfazione. Quindi, l'interesse soltanto potrebbe essere utilitaristico, non potendo sostituirlo per formulazioni legaliste o legate alla possibilità giuridica della richiesta, alla adeguazione del procedimento, ecc. Cfr. Grasso, *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire, cit.*, pp.325-326, 338, 343-345. Chiaro che questa verifica non può essere meramente soggettiva, a costo che si perda la funzione di filtro normativo, ma può essere verificata oggettivamente.



destinata ad ottenere un risultato favorevole al suo complesso di situazioni giuridiche, processuali o sostanziali.

Quest'applicazione dell'interesse ad agire pare sia stata adottata dalla giurisprudenza nordamericana dello *standing to sue*, simile all'interesse processuale. Alcune decisioni hanno verificato lo *standing* rispetto a diversi topics di uno stesso caso. Così, per esempio, la parte può avere interesse a impugnare alcuni aspetti di un atto amministrativo, ma non altri.<sup>69</sup>

Dobbiamo esaminare l'interesse ad agire, sia rispetto alle parti che nei confronti dei terzi, in un contesto più malleabile di quello che usiamo oggi, comprendendo il complesso di tutte le attività permesse ai soggetti durante il procedimento, affrancandone l'attuazione se l'atto specifico abbia *attuale e concreta* utilità per colui che lo compie, ossia quando si desidera proteggere *valori e situazioni meritevoli di protezione* nell'ordinamento, indipendentemente dal fatto che incidano su un "rapporto giuridico".<sup>70</sup>

Inoltre, siccome questi obiettivi e valori variano nel corso del procedimento, l'interesse non può più essere analizzato in maniera unica fin dall'inizio del processo (l'interesse *ad causam* della domanda), ma deve essere verificato per ogni atto o insieme di atti (interesse *ad actum*). In tal modo potremmo concentrare la nostra attenzione sulle situazioni mutevoli e dinamiche che possono sorgere nel processo.

2.6.1. Le zone d'interesse, nell'analizzare uno o alcuni atti processuali, permettono la segmentazione della partecipazione processuale, consentendo l'attuazione e l'intervento per finalità specifiche nel processo, purché utili alla parte.

---

69 Cfr. Friedenthal-Kane-Miller, *Civil procedure, cit.*, p.336. Lo stesso è stato osservato nell'ammissibilità della litigiosità congiunta (*joinder*) con base su giudizi di efficienza e convenienza dell'attuazione plurisoggettiva.

70 Marinelli, *La clausola generale dell'art.100 C.P.C. cit.*, p.167-168.



L'approccio proposto può servire per la soluzione dei cosiddetti “temi di decisione”, frazioni di una situazione giuridica sostanziale<sup>71</sup> o prequestioni (*Vorfragen*), ossia situazioni giuridiche previe o premesse per la questione principale.<sup>72</sup>

Ma il tema è molto polemico, soprattutto alla luce della teoria tradizionale sulla tutela di accertamento. Il fatto è che la dottrina europea ha teorizzato il problema in tal modo: affinché le situazioni giuridiche sostanziali possano essere oggetto di accertamento, due principi devono essere osservati: 1) i diritti soggettivi (o rapporti giuridici soggettivi) possono essere genericamente oggetto dell'accertamento; 2) viene negata la possibilità di accertamento giudiziale di situazioni giuridiche preliminari (esattamente le *Vorfragen*, situazioni che sono premesse ai diritti o rapporti giuridici).<sup>73</sup>

Pertanto, viene spesso negata la possibilità di tutela di accertamento quando la frazione che si pretende vedere analizzata, se considerata isolatamente, non potrebbe essere oggetto di una autonoma pretesa.

Questo deriva dall'idea che un rapporto giuridico di diritto materiale può essere dedotto solo nella sua interezza, ma non in un *quid minoris*. Si ammette soltanto cognizione incidentale su questioni che potrebbero essere oggetto di processo autonomo, cioè questioni che hanno “vita propria”.<sup>74</sup> In questa concezione, le situazioni giuridiche meramente preliminari potrebbero essere conosciute solo *incidenter tantum*, in un processo che abbia ad oggetto altri diritti soggettivi o rapporti giuridici materiali; e le questioni di fatto o questioni giuridiche

---

71 Edoardo Ricci fornisce l'esempio della nullità di clausola contrattuale, che può essere premessa per altri diritti, come ad esempio, il risarcimento. E.F.Ricci, *Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*, cit., p.655 e nota 8.

72 Trzaskalik, *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*. cit., p.130-132.

73 E.F.Ricci, *Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*”, cit., p.652-653. Secondo Edoardo F. Ricci, l'inammissibilità di accertamenti su questioni «preliminari» è la regola perché queste questioni *non costituiscono un idoneo oggetto del processo*. Per l'Autore, se non vi è un oggetto idoneo, questo basta a rendere inammissibile la domanda e nemmeno si deve verificare se c'è interesse ad agire.

74 Così, p.es., con Montesano, Cfr.Verde, *Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizialità*, in questa rivista, 1989, p.176.



astratte, svincolate da qualunque conseguenza immediata, non potrebbero essere risolte incidentalmente.<sup>75</sup>

Partendo dalla “de-rapportizzazione” dell'interesse ad agire qui difesa, possiamo riconoscere innumerevoli situazioni in cui ci sarebbe una zona d'interesse svincolata dalla lite, dalla lesione a un diritto soggettivo o dal rapporto giuridico, autorizzando la soluzione delle situazioni previe come regola generale, anche nei casi in cui l'ordinamento non prevede espressamente questa possibilità.<sup>76</sup>

Come ha notato il Grunsky,<sup>77</sup> uno stesso rapporto giuridico può creare svariate pretese, che non possono essere sempre dedotte allo stesso tempo e nello stesso processo. Il frazionamento è necessario. Per Zeuner e Brehm, anche la differenza tra rapporto giuridico materiale e frazioni di una situazione sostanziale è in se stessa artificiale, più dogmatica che normativa, prodotta dall'influenza di concetti pandettistici che sono totalmente cambiati nell'attualità.<sup>78</sup>

Argomento contrario alla possibilità di frazionamento della cognizione e del giudicato rispetto ad una situazione sostanziale è il principio secondo il quale le allegazioni su uno stesso

---

75 Merlin, *Mero accertamento di una questione preliminare?*, cit., p.202.

76 E.F.Ricci ammette l'accertamento di qualche *Vorfragen*, ma dipendente dalle previsioni specifiche di ogni ordinamento positivo. Noi, nell'ambito del presente studio, proponiamo un approccio ancora più ampio.

77 Perché, per esempio, la scadenza e la quantificazione delle une e delle altre può verificarsi in momenti diversi. Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts*. cit., p.399-400. Dice l'Autore che, se non provata questa molteplicità, mancherebbe l'interesse per l'azione di accertamento. Questo viene difeso dalla letteratura italiana e tedesca per l'azione di accertamento, specialmente la negativa, perché in questa l'interesse ad agire non può, ovviamente, essere vincolato al diritto soggettivo, ed i suoi presupposti devono essere studiati in un'altra prospettiva diversa da quella creata storicamente per l'azione di condanna. È anche una tendenza trovata nella giurisprudenza dei due paesi. Cfr.Trzaskalik, *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*. cit., p.12-13; Lüke, *Zivilprozessrecht*. cit., p.155; Merlin, *Mero accertamento di una questione preliminare?*, cit., p.209-210. La discussione è accesa in materia di diritto del lavoro e della previdenza sociale. Come afferma Marinelli, la giurisprudenza dei due paesi già ammette il frazionamento di questioni di merito, come si osserva in decisioni del *Bundesarbeitsgericht* (BBm 1960, p.445; NJW, 1965, p.787) e della *Cassazione* (per esempio, in materia di incapacità o invalidità (Cass. S.U. 12 novembre 1983, n.6713, in *Foro It.*, 1984, I, c.754 ss; Cass.30 de ottobre 1984, n.5551; Cass.15 luglio del 1987, n.6192, in *Foro It.*, 1988, I, c.2984. Altri esempi e casi possono essere trovati nella indispensabile opera del Marinelli, *La clausola generale dell'art.100 C.P.C.* cit., p.150-154; Verde, *Sulla 'minima unità strutturale' azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p.581.

78 Zeuner, *Überlegungen zum Begriff des Rechtsverhältnisses i.S. von § 256 Z.P.O.*, in *Festschrift für Ekkehard Schumann*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p.597 ss; Brehm, *Rechtsschutzbedürfnis und Feststellungsinteresse*, in K.Schmidt (Org.). *Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof*. München, Band. III, 2000, pp.89 ss.



rapporto di diritto materiale dovrebbero essere compiute congiuntamente, a pena di preclusione.<sup>79</sup> In questa visione, se la domanda è stata dedotta in maniera incompleta, non potrebbero esserci nuove allegazioni. Inoltre, se si presentano argomenti di economia processuale: per diminuire il numero di processi, dovrebbero essere concentrate in uno stesso processo tutte le circostanze e conseguenze (effetti) riferenti allo stesso rapporto sostanziale. Così si evita una polverizzazione del rapporto materiale, “ritagliato”, come afferma il Menchini, in vari processi e successive discussioni, proteggendo il convenuto con la sicurezza che non si ripeta il dibattito sulla stessa situazione soggettiva,<sup>80</sup> scopo raggiunto con istituti come la preclusione e l'efficacia preclusiva della cosa giudicata.

Pensiamo che queste obiezioni debbano essere respinte. Allorio dice che tale raziocinio sarebbe possibile solo in un regime di tipicità delle azioni, dove per ogni fatto giuridico c'è un'unica *actio*. Nel diritto moderno, non c'è una mitica “unicità dell'azione”; c'è solo la situazione materiale e la sua relazione con il processo. Ha ragione Verde quando afferma che tali argomenti derivano da una “esasperata versione” del principio di eventualità. L'attore deve essere libero di determinare l'ambito della domanda, e se l'oggetto del processo deve avere una “unità strutturale minima”,<sup>81</sup> non si può esigere un contenuto, al di là di questo *minimum*, che sfugga alle valutazioni e strategie che sono validamente aperte alle parti. La tendenza pubblicista non può disconoscerli.

Di fatto, l'interesse pubblico non può imporre un contenuto alla domanda al di fuori delle richieste delle parti. Nelle parole di Carnacini, citato da Verde, si deve verificare se la frazionabilità della domanda è un problema di tecnica (gestione) processuale o se riguarda la tutela richiesta.<sup>82</sup> Inoltre, in un modello processuale ispirato all'iniziativa della parte, perché non potremmo pensare di dividere le pretese? Se vige il principio dispositivo, la libertà deve

---

79 Verde, *Sulla 'minima unità strutturale' azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, cit., p.574-575.

80 Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Giuffrè, 1987, p.280-281; Cfr.Verde, *Sulla 'minima unità strutturale' azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, cit., p.574.

81 Verde, *Sulla 'minima unità strutturale' azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, cit., p.582.

82 Verde, *Sulla 'minima unità strutturale' azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, cit., p.576 e nota 7.



prevalere.<sup>83</sup> Le questioni preve decise rimarrebbero intese come “preliminari”, nel senso che siano presupposti logici per la decisione di altre questioni in quello o in un altro processo; ma dobbiamo pensare alla cognizione e alla decisione riguardo ad esse senza che come presupposto si esiga che, in altro processo, possano essere risolte autonomamente come oggetto principale.<sup>84</sup>

Marinelli e Trzaskalik arrivano alla stessa conclusione, differenziando la relazione tra le specie d'azione e il diritto materiale. Se nell'azione costitutiva il soggetto deve richiedere la modifica, estinzione o creazione di un rapporto giuridico; se nell'azione di condanna deve richiedere una prestazione materiale, con lo scopo di formare un titolo esecutivo; già nell'azione di accertamento è più difficile trovare la “zona di tutela” permessa dall'ordinamento. È che nell'azione di accertamento non si promuove esecuzione o modifica *ope iudicis* di un rapporto giuridico, non essendoci ostacolo per la deduzione di una frazione di un rapporto giuridico materiale. Manca alla tutela di accertamento il “parametro di riferimento” (*Bezugspunkt*) che risulta dal diritto materiale e, quindi, non ha senso distinguere il tutto e la parte. Per loro, se il soggetto avrà qualche utilità pratica nella richiesta, ancorché riguardi una frazione del rapporto materiale, sarà possibile la tutela di accertamento.<sup>85</sup>

Nemmeno convince l'argomento di economia processuale: al contrario, la soluzione di una prequestione, sebbene possa instaurare un altro processo, ne può evitare molti altri.

Non c'è perciò alcun senso, cognitivo o sistemico, per non ammettere che ci sia decisione autonoma di elementi e prequestioni di una pretesa. Una condizione per la sua decisione è che ci sia una zona d'interesse per il soggetto.

Resta ancora l'argomento contrario della mancata determinazione dei limiti oggettivi della cosa giudicata e di un supposto *deficit* per la difesa del convenuto, che potrebbe vedersi confrontato in diversi processi ritagliati. Pensiamo che non ci sia problema nel ammettere la

---

83 Cfr. Verde, *Sulla 'minima unità strutturale' azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, cit., p.575; Trzaskalik, *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*. cit., p.134.

84 Merlin, *Mero accertamento di una questione preliminare?*, cit., p.215.

85 Marinelli, *La claosola generale dell'art.100 C.P.C.* cit., p.145; Trzaskalik, *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*. cit., p.133-134.



risoluzione di una situazione incidentale, qualsiasi ne sia il contenuto, se ci affidiamo alla razionalità dinamica della decisione, con ampia possibilità di controllo e precisa delimitazione dell'oggetto del giudicato.<sup>86</sup> Risolto il problema pratico della esatta individualizzazione della *fattispecie* allegata (azione e difesa), resta superato anche il problema connesso dei limiti del giudicato.<sup>87</sup> Inoltre, il contraddittorio può compensare una deflazione della protezione del convenuto e del diritto di difesa. Quando la questione viene discussa, qualunque ne sia la natura (incidentale o meno), il convenuto sarebbe protetto da una ridiscussione.<sup>88</sup>

Pensiamo che lo sviluppo di queste idee possa essere utile, ancora nella tutela di accertamento, anche per i diritti soggetti a condizioni o termini, che possono essere accertati giudizialmente anche nell'inesistenza di qualsiasi lesione.<sup>89</sup>

Con l'allargamento dell'interesse processuale al concetto di zone d'interesse, la tutela di accertamento guadagna nuovi contorni e grande utilità che la tutela di condanna non ha, perdendo la macchia di tutela "supplente" di quella di condanna.<sup>90</sup> Nell'azione di accertamento, la concezione tradizionale dell'interesse ad agire rende il provvedimento quasi solo cognitivo. Ma tutti coloro che ricorrono alla giurisdizione vogliono realizzare praticamente il diritto, e non solo ottenere una cognizione.<sup>91</sup> Forse è arrivato il momento, come sostenuto da Nasi, di recuperare un senso più "esecutivo" dell'interesse ad agire, e non soltanto cognitivo,<sup>92</sup> riconoscendo, attraverso le zone d'interesse, altre applicazioni della tutela di accertamento.

Però, dobbiamo ricordare che l'utilità del provvedimento deve essere *attuale* e *concreta*, proibendo la soluzione di una questione astratta, immaginariamente proiettata come un problema distante. La tutela di accertamento non può essere basata sull'astratto interesse ad una sicurezza più forte, per compensare processualmente le incertezze naturali del traffico

---

86 In senso simile, Verde, *Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizialità*, cit., p.175.

87 Lanfranchi, *Note sull'interesse ad agire*, cit., p.1147.

88 Verde, *Sulla 'minima unità strutturale' azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, cit., p.577.

89 Wach, *Der Rechtsschutzanspruch*, cit., p.15.

90 Merlin, *Mero accertamento di una questione preliminare?*, cit., p.210.

91 Wach, *Der Rechtsschutzanspruch*, cit., p.21.

92 Nasi, *Interesse ad agire*, in *Enc.dir.*, XXII, 28 ss., spec.44.



giuridico.<sup>93</sup> Dunque deve essere basata su fatti concreti. Perché venga autorizzata la legittima attuazione giurisdizionale, deve esserci una zona d'interesse "concreta, effettiva ed attuale" per la tutela giuridica,<sup>94</sup> cioè soltanto se il richiedente avrà qualche utilità pratica nella richiesta, nonostante riguardi soltanto una parcella del rapporto materiale.<sup>95</sup>

2.6.2. Il concetto più flessibile di zona d'interesse può essere utilizzato al di là della tutela di accertamento.

Così si può ampliare la sfera di applicazione dell'interesse ad agire per i procedimenti di accertamento fattuale svincolati dai requisiti di cautelarietà o di una lite futura, che non

---

93 Wach, *Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*. Reimpressione dell'originale, 1888, p.52; Klein, *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*, cit., p.194. Cfr. Buzbee, *Standing and the Statutory Universe*, in *Duke Environmental Law & Policy Forum*, 11.2, Spring, 2001, p.253. Questa è anche la giurisprudenza della *Supreme Court* degli Stati Uniti. Per la Corte, lo *standing* non è un esercizio accademico ingegnoso, ma una dimostrazione di un pregiudizio percepibile: "standing is not 'an ingenious academic exercise in the conceivable,' United States v. Students Challenging Regulatory Agency Procedures (SCRAP), 412 U. S. 669, 688 (1973), but as we have said requires, at the summary judgment stage, a factual showing of perceptible harm". Cfr. *Lujan v. Defenders of Wildlife* [504 U.S. 555 (1992)]. In *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc.* [454 U. S. 464, 472 (1982)], il Justice J.Stevens ha detto che: "The Court's holding that there is an outer limit to the power of Congress to confer rights of action is a direct and necessary consequence of the case and controversy limitations found in Article III. I agree that it would exceed those limitations if, at the behest of Congress and in the absence of any showing of concrete injury, we were to entertain citizen suits to vindicate the public's nonconcrete interest in the proper administration of the laws. While it does not matter how many persons have been injured by the challenged action, the party bringing suit must show that the action injures him in a concrete and personal way. This requirement is not just an empty formality. It preserves the vitality of the adversarial process by assuring both that the parties before the court have an actual, as opposed to professed, stake in the outcome, and that 'the legal questions presented . . . will be resolved, not in the rarified atmosphere of a debating society, but in a concrete factual context conducive to a realistic appreciation of the consequences of judicial action.'"

94 Bülow, *Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts*, cit., p.216: "Das wird denn auch sowohl durch das, was Wach (Handbuch, s.21) über die Abhängigkeit des Rechtsschutzanspruchs von der 'Rechtsposition' der Partei und (s.19 u.22) über das zum Rechtsschutzanspruch erforderliche, den Anspruch auf prozessualischen Rechtsschutz begründende 'wirkliche, nicht eingebilddete Rechsschutzinteresse' bemerkt, bestätigt, wie durch seine Erklärung (Feststellungsanspruch,s.15), der Rechtsschutzanspruch sei 'geknüpft an konkrete ausserprozessualische Thatbestände". Cfr.Wach, *Der Feststellungsanspruch*, cit., p.15, 52-54; Verde, *Sulla 'minima unità strutturale' azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, cit., p.577; Blomeyer, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*, cit., p.214; Greco, *A teoria da ação no processo civil*, cit., p.39-40. La questione dell'attualità dell'interesse non si confonde con l'utilità del rapporto giuridico. Come afferma il Grunsky, può esserci accertamento su un rapporto giuridico preterito purché le conseguenze o effetti del rapporto giuridico siano attuali. Cfr.Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, cit., p.372-373.

95 Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts*. cit., p.371-372; Marinelli, *La clausola generale dell'art.100 C.P.C. cit.*, pp.142, 147.



rientrerebbero totalmente nella tradizionale identificazione, rispetto alla tutela cautelare, dell'interesse processuale con il *periculum in mora*.<sup>96</sup>

Il concetto di zone d'interesse potrebbe essere utile anche dove la *fattispecie* costitutiva del diritto materiale sia di formazione progressiva, come in molti casi in materia previdenziale o di lavoro.<sup>97</sup> In quest'ipotesi, può sussistere l'interesse di risolvere una controversia intorno ad una determinata frazione della situazione materiale, che sorgerà nella sua integralità soltanto nel futuro esattamente perché ancora in fase di sviluppo.

Le zone d'interesse possono servire ancora per modernizzare l'interesse ad agire per gli interventi di terzi, allargando la concezione dell'interesse giuridico. Nei casi in cui non sia così semplice identificare con precisione tutte le posizioni soggettive correlate che siano in gioco o che possano subire interferenze dalla decisione del processo (pretese multilaterali), sorge la necessità di un interesse ad agire che non si basi su un diritto soggettivo o un rapporto giuridico.<sup>98</sup> Qui, siccome non c'è un riferimento soggettivo chiaro che permetta un giudizio di comparazione preciso e diretto con alcuni soggetti determinati (come succede nel diritto soggettivo o nel rapporto giuridico)<sup>99</sup>, non si può usare la legittimazione e l'interesse ad agire negli stessi modelli classici.<sup>100</sup>

---

96 Neanche con l'accessorietà del processo cautelare. Si tratta di procedimenti simili alla *discovery* e *disclosure* del *common law* e ai procedimenti come quelli del § 485 della ZPO tedesca (*selbständiges Beweisverfahren*), dell'art.145 del *Código de Procédure Civile* francese e dell'art.696-bis del Codice italiano. Cfr.Ghirga, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari, in questa rivista*, anno LX, n.3, luglio-settembre, 2005, pp.781 ss; Besso, *La prova prima del processo*. Torino: G.Giappichelli, 2004, pp.103 ss; Montesano, *Questioni preliminari e sentenze parziali di merito, in questa rivista*, vol.XXIV, II, 1969, pp.597-600; Trzaskalik, *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß. cit.*, p.13. Da notare che la parte finale del § 485, II della ZPO tedesca dice che c'è interesse quando il soggetto desidera evitare una lite futura: "Ein rechtliches Interesse ist anzunehmen, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann".

97 Merlin, *Mero accertamento di una questione preliminare?, cit.*, p.203.

98 Ci sono molte situazioni materiali che oggi non sono suscettibili di una titolarità individualizzata. Cfr.Caponi, *Litisconsorzio 'aggregato'. L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, disponibile in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), acceso nel 11.02.2009, n.8, p.9.

99 Qualunque formato privatista e obbligazionale è difficilmente compatibile con la pluralità soggettiva, come si vede nella tutela collettiva. Cfr.Caponi, *Litisconsorzio 'aggregato'. L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori, cit.*, n.5 e 6, p.6 ss.

100Dunque, come afferma Merlin, dobbiamo utilizzare la dinamica giuridica per risolvere la possibilità di far valere pretese multilaterali. Cfr.Merlin, *Mero accertamento di una questione preliminare?, cit.*, p.213-215.



Per casi come questi, gli ordinamenti del *common law*, ad esempio, contemplanò un procedimento proprio di controversia plurisoggettiva denominato *interpleader* (*Rule 22 delle Federal Rules of Civil Procedure*), che può essere utilizzato quando i “contro-interessati” sono indefiniti,<sup>101</sup> e che permette attuazioni dinamiche: il soggetto può accedere al processo o ritirarsi dalla lite secondo la strategia del momento, e per queste attuazioni deve essere riconosciuta una legittima zona d'interesse.<sup>102</sup>

Forse il concetto di interesse ad agire deve avvicinarsi, nel processo civile moderno, al concetto di “interesse legittimo” della giurisdizione amministrativa europea, dove non c'è esigenza di riferimento diretto ad un rapporto giuridico o diritto soggettivo dell'interessato,<sup>103</sup> e dove spesso l'interesse economico è ammesso.<sup>104</sup> Basta, per esempio, che il soggetto dimostri che il risultato del processo possa avere qualche ripercussione o effetto nella sua sfera giuridica per autorizzare l'attività processuale.<sup>105</sup>

3.L'interesse ad agire è uno di quei concetti giuridici costruiti su premesse che non rispondono ai problemi attuali del processo civile, specialmente nel campo dei moderni procedimenti esecutivi e di accertamento fattuale, e anche agli accordi procedurali e soluzioni cooperative. Oltre a ciò, è un concetto che limita troppo l'intervento di terzi.

---

101 Friedenthal-Kane-Miller, *Civil procedure*, cit., pp.779 e ss.

102 Per altri riferimenti, Friedenthal-Kane-Miller, *Civil procedure*, cit., pp.782-785. Dinamarca, in Brasile, ha anche parlato dello scarso trattamento dato alla figura del litisconsorzio alternativo o eventuale, che potrebbe servire in questi casi Cfr.Dinamarca, *Litisconsórcio*, cit., p.390 e ss.

103 Ancoché molti autori riconoscano la bi- o multipolarità degli interessi oggetto della controversia. Cfr.Wolff-Bachof-Stober, *Verwaltungsrecht*. Band 2. München: C.H.Beck, 6.Auflage, 2000, p.308.

104 Morel, *Traité Élémentaire de Procédure Civile*, cit., p.32

105 Così già veniva il pensiero del Klein, almeno per la tutela di accertamento nel processo civile: “Das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung kann ebensogut durch Handlungen dritter Personen oder durch rein objective, nicht rechtsgeschäftige, vielleicht gar nicht juristische Vorgänge ausgelöst werden. Alle die unzähligen Geschehnisse, die factisch oder juristisch unmittelbar oder mittelbar in unsere Rechts- und Vermögenssphäre eingreifen und sie in uns nachtheiligem Sinne verändern oder doch verändern können, sind denkbare berechtigte Anlässe zu Feststellungsklagen”. Klein, *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*, cit., p.194. Disposizioni in questo senso troviamo nel §13 della VwVfG (*Verwaltungsverfahrensgesetz*). Lo stesso pensiamo che potrebbe essere sostenuto per i casi d'intervento dell'*amicus curiae*, la cui attuazione viene svincolata dagli interessi materiali.



Nell'impossibilità di affrontare tutti i temi correlati, le infinite applicazioni pratiche della tesi proposta e le obiezioni ad essa, lasciamo per un'altra occasione un'analisi più approfondita della materia. Speriamo, tuttavia, che tutto quanto qui esposto possa aver risvegliato l'attenzione dei lettori non solo per il tema specifico, ma anche per la constatazione che lo studio delle condizioni dell'azione non è stato superato. C'è, infatti, ancora molto da sviluppare.

Le nuove e le future generazioni saranno chiamate a studiare l'azione alla luce della molteplicità di meccanismi di tutela oggi esistenti e di fronte a realtà processuali mutevoli che riflettono nel processo il dinamismo della vita moderna.



## ***L'ultima riforma francese dell'arbitrato***

(The last arbitration reform in French law)

**Giovanni Bonato**

Maître de conférences at the University Paris Ouest Nanterre La Défense

**Sommario:** 1. Introduzione. - 2. La convenzione di arbitrato. - 3. Gli arbitri. - 4. Il procedimento arbitrale. - 5. La sentenza arbitrale e l'exequatur. - 6. I mezzi di impugnazione. - 7. L'arbitrato internazionale. - 8. Osservazioni conclusive.

**Keywords:** Arbitration. Reform. France

**Parole-chiavi:** Arbitrato. Francia. Reforma

### **1. Introduzione**

Il decreto n. 2011-48 del 13 gennaio 2011 recante riforma dell'arbitrato, in vigore dal 1<sup>o</sup> maggio del 2011<sup>1</sup>, modifica le disposizioni del quarto libro del vigente *Code de procédure civile*

---

<sup>1</sup> Sulla riforma dell'arbitrato del 2011 segnaliamo, per il momento, i seguenti contributi: GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, in questa *Rivista*, 2011, 525 ss.; GAILLARD - DE LAPASSE, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, in *Recueil Dalloz*, 2011, 175 ss.; ID., *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage - The Paris Journal of International Arbitration*, 2011, 263 ss.; BEGUIN - ORTSCHIEDT - SERAGLINI, *Un second souffle pour l'arbitrage. Arbitrage interne - À propos du décret du 13 janvier 2011*, in *La semaine juridique*, 2011, n. 322; ID., *Un second souffle pour l'arbitrage. Arbitrage international - À propos du décret du 13 janvier 2011*, in *ivi*, 2011, n. 467; NOTTE, *Réforme de l'arbitrage*, in *ivi*, 2011, n. 26; LE BARS, *La réforme du droit de l'arbitrage, un nouveau pas vers un pragmatisme en marche*, in *ivi*, 2011, n. 67; JARROSSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, in *Revue de l'arbitrage*, 2011, 5 ss.; JARROSSON, *Les*



francese<sup>2</sup>, introdotte dalla (prima) riforma del 1980-1981 - di cui ai decreti n. 1980-354 del 1980 sull'arbitrato interno e n. 1981-500 del 1981 sull'arbitrato internazionale - che aveva sostituito la disciplina dell'abrogato *Code de procédure civile* del 1806<sup>3</sup>.

In cantiere da diversi anni e preceduta da un *avant-projet* ultimato nel 2006 dal *Comité français de l'arbitrage*<sup>4</sup>, questa seconda riforma dell'arbitrato, pur apportando rilevanti innovazioni, si pone in stretta linea di continuità con quella del 1980-81, confermandone lo

---

*principales tendances du nouveau droit français de l'arbitrage international*, in *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2011, 812 ss.; ANCEL, *Le nouveau droit français de l'arbitrage: le meilleur de soi-même*, in *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2011, 822 ss.; CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage - The Paris Journal of International Arbitration*, 2011, 331 ss.; SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, in *ivi*, 2011, 375 ss.; NOURRISAT, *Le nouveau droit français de l'arbitrage (décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage)*, in *Procédures*, marzo 2011, étude n. 3; KLEIMAN - SPINELLI, *La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité. À propos du décret du 13 janvier 2011*, in *Gazette du Palais*, 27 gennaio 2011, 9 ss.; BOLLEE, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, in *Revue critique de droit international privé*, 2011, 553 ss.; LOQUIN, *La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage (Commentaire du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011)*, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2011, 255 ss.; AA.VV., *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, a cura di CLAY, Paris, 2011. Tra i lavori successivi all'ultima riforma francese si vedano anche: CADIET - JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, 2011, 755 ss.; BEGUIN - ORTSCHIEDT - SERAGLINI, *Droit de l'arbitrage. Chronique*, in *La Semaine Juridique*, 2011, n. 1432; CLAY, *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, in *Recueil Dalloz*, 2011, 3023 ss.

<sup>2</sup> Da sottolineare che, in seguito all'ultima riforma, il numero degli articoli del CPC dedicati all'arbitrato (dal 1442 al 1527) raggiunge quota ottantasette, ciò che ha comportato la necessità di procedere ad una generale rinumerazione di tutti gli articoli del libro quarto del codice, anche di quelli che non sono stati modificati.

<sup>3</sup> Tra i contributi a carattere generale sull'arbitrato francese nel regime previgente, segnaliamo, senza pretesa di completezza: DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982; DE BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage*<sup>2</sup>, Paris, 1990; ROBERT - MOREAU, *L'arbitrage. Droit interne, droit international privé*, Paris, 1993; FOUCHARD - GAILLARD - GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996; OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, 1998; SERAGLINI, *L'arbitrage commercial international*, in *Droit du commerce international*, a cura di Béguin e Menjuq, Paris, 2005, 833 ss.; MOREAU, *Arbitrage en droit interne*, in *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de procédure civile*, I, Paris, 2008; Id., *Arbitrage en droit international*, in *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de procédure civile*, I, Paris, 2008; GUINCHARD - CHAINAIS - FERRAND, *Procédure civile*<sup>30</sup>, Paris, 2010, 1477 ss. Sull'arbitrato nel *Code de procédure civile* del 1806 si rinvia, tra gli altri, a: BERNARD, *L'arbitrage volontaire en droit privé*, Bruxelles-Paris, 1937; RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et droit international*, Paris, 1965; MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell'arbitrato*, Torino, 1966, 90 ss.; DAVID, *Arbitrage du XIXe et arbitrage du XXe siècle*, in *Mélanges Savatier*, Paris, 1965, 218 ss.; RUBELLIN-DEVICHI - LOQUIN, *Arbitrage. Principes généraux*, in *Jurisqueur, Procédure civile*, fasc. 1010, Paris, 1998, 9 ss.; G. FERRI, *L'arbitrato libero nella stagione dei codici ottocenteschi. Un emblema della natura negoziale dell'istituto arbitrale?*, in PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, III, Padova, 2012, 685 ss., in part. 733 ss.

<sup>4</sup> L'*avant-projet* è stato pubblicato dalla *Revue de l'arbitrage*, 2006, 499 ss., con il commento di DELVOLLE, 491 ss., e su cui si veda anche l'analisi di KASSIS, *La réforme du droit de l'arbitrage international*, Paris, 2008. Il legislatore del decreto n. 2011-48 si è parzialmente ispirato al citato *avant-projet*, come ricordato da GAILLARD - DE LAPASSE, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, cit., 176 ss. Per l'analisi dei lavori che hanno preceduto la nascita dell'ultima riforma francese si rinvia a DEGOS, *L'histoire du nouveau décret, dix ans de gestation*, in AA.VV., *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, a cura di CLAY, cit., 25 ss.



spirito liberale<sup>5</sup>. I motivi che hanno spinto il legislatore francese ad intervenire nuovamente sulla disciplina dell'arbitrato sono essenzialmente due: rendere più intelligibili (soprattutto per i lettori non francesi) le disposizioni del quarto libro del CPC, codificando alcune soluzioni giurisprudenziali in materia<sup>6</sup>; modernizzare alcune regole, anche alla luce delle esperienze di altri sistemi giuridici<sup>7</sup>.

Giova rilevare, in via preliminare, che - contrariamente alla scelta compiuta da altri legislatori europei che hanno optato per un regime monista dell'arbitrato<sup>8</sup> - i redattori della seconda

---

<sup>5</sup> In questo senso si vedano: BEGUIN - ORTSCHIEDT - SERAGLINI, *Un second souffle pour l'arbitrage. Arbitrage interne*, cit., § 1, secondo cui «pour importante qu'elle soit, la réforme de 2011 ne constitue aucunement un revirement et le nouveau décret reste dans la même ligne que le droit antérieur»; GAILLARD - DE LAPASSE, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, cit., 175 ss.; GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 528; NOURISSAT, *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, cit., § 2; JARROSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 8-9; KLEIMAN - SPINELLI, *La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité. À propos du décret du 13 janvier 2011*, cit., 9, i quali scrivono che la riforma «ne révolutionne pas le droit de l'arbitrage, mais contribue à sa connaissance, sa diffusion et son acceptation».

<sup>6</sup> È noto che la giurisprudenza francese ha sempre svolto un ruolo essenziale nella costruzione dell'istituto arbitrale, in particolare di quello internazionale. Su questo aspetto si veda, tra gli altri, ANCEL J.P., *L'arbitrage international en France (Principes et système)*, in AA.VV., *L'arbitrage*, Paris, 2009, 197 ss., nonché HASCHER, *L'influence de la doctrine sur la jurisprudence française en matière d'arbitrage*, in *Revue de l'arbitrage*, 2005, 391 ss., per i rapporti tra dottrina e giurisprudenza nel diritto francese.

<sup>7</sup> Quanto alle finalità della riforma del 2011 si vedano: GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 265, i quali scrivono che «la conjugaison des deux préoccupations de modernisation et d'accessibilité a conduit à une refonte complète du droit français de l'arbitrage»; GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 529; KLEIMAN - SPINELLI, *La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité. À propos du décret du 13 janvier 2011*, cit., 9, che parlano della volontà dei redattori della riforma del 2011 di dare una «lisibilité accrue» al diritto francese dell'arbitrato; NOURISSAT, *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, cit., § 5, che mette l'accento sullo scopo deflattivo della riforma che tende a «favoriser le recours à des modes alternatifs de règlement des litiges dans un contexte de saturation des juridictions françaises». Da segnalare che nel *Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage*, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), si legge che «il est apparu nécessaire de réformer» le disposizioni in materia di arbitrato «afin, d'une part, de consolider une partie des acquis de la jurisprudence qui s'est développée sur cette base, d'autre part, d'apporter des compléments à ce texte afin d'en améliorer l'efficacité et, enfin, d'y intégrer des dispositions inspirées par certains droits étrangers dont la pratique a prouvé l'utilité». Sull'importanza di indagini comparatistiche in materia arbitrale si vedano: GUASP, *El arbitraje en el derecho español*, Barcelona, 1956, 12, secondo cui «ninguna otra institución, como la del arbitraje, se ofrece tan unánime y constante en todos los territorios jurídicos, por diverso que sea su contenido»; CRESPI REGHIZZI, *L'arbitrato internazionale e la comparazione giuridica*, in *Revista de la Corte Española de arbitraje*, 2004, 126 ss.; GAILLARD, *Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international*, in *Revue de l'arbitrage*, 2005, 375 ss.

<sup>8</sup> Parla di una «tendencia a la adopción de legislaciones arbitrales monistas» nel panorama comparatistico CREMADES A.C., *El dualismo del nuevo derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización*, in *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 11, 40 ss., in part. 42.



riforma francese hanno confermato la preferenza per un regime dualista, riprendendo la suddivisione del libro quarto del CPC in due titoli: il primo relativo all'arbitrato interno; il secondo relativo all'arbitrato internazionale, sempre definito come quello che «*met en cause des intérêts du commerce international*» (art. 1504)<sup>9</sup>.

---

Come noto, ha scelto di tornare al sistema monista anche il legislatore italiano della terza riforma dell'arbitrato, di cui al D.Lgs. n. 40/2006, che ha, comunque, deciso di attribuire una certa rilevanza all'elemento di estraneità soggettiva (la residenza o la sede effettiva all'estero di una delle parti) nell'ambito dell'impugnazione per nullità del lodo rituale (art. 830, comma 2º, c.p.c.). Si vedano sull'argomento: BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2005, 706 ss.; RICCI, *La longue marche vers l'«internationalisation» du droit italien de l'arbitrage*, in *Les cahiers de l'arbitrage*, IV, a cura di MOURRE, Paris, 2008, 191 ss.; BIAVATI, *Arbitrato internazionale*, in *Arbitrati speciali*, a cura di CARPI, Bologna, 2008, 391 ss., in part. 458 ss.; LUPOI, *Quel che resta dell'arbitrato con elementi di estraneità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1339 ss.; BERNARDINI, *L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006*, in *Dir. comm. intern.*, 2009, 481 ss.; RADICATI DI BROZOLO, *Requiem pour le régime dualiste de l'arbitrage? Réflexions après la réforme de 2006 en Italie*, in *Arbitrage interne et international*, a cura di BONOMI e BOCHATAY, Ginevra, 2010, 217 ss.; ID., *Requiem per il regime dualista dell'arbitrato internazionale in Italia? Riflessioni sull'ultima riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1267 ss.; PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*<sup>2</sup>, III, Torino, 2010, 296 ss.; ID., *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, I, cit., 303 ss. Per più ampie informazioni in ambito comparatistico si rinvia a PLOUDRET - BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, 2002, 23 ss.; BONOMI, *Monisme et dualisme*, in *Arbitrage interne et international*, a cura di BONOMI e BOCHATAY, cit., 167 ss.

<sup>9</sup> La seconda riforma conferma, quindi, la definizione di arbitrato internazionale che i redattori del decreto n. 1981-500 avevano ripreso dalla giurisprudenza formatasi sotto il codice abrogato (per ulteriori informazioni rinviamo a LÉBOULANGER, *La notion d'«intérêts» du commerce international*, in *Revue de l'arbitrage*, 2005, 487 ss.). Sul punto si vedano: GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 526, il quale ricorda che l'ultima riforma non ha solo confermato l'impostazione dualista, ma l'ha anche accentuata; GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 266, secondo cui, dato che il criterio di internazionalità dell'arbitrato è stato confermato, «*on pourra donc, après le 1er mai 2011 comme avant, se référer aux décisions antérieures à 2011 qui fixent le sens de la mise en cause des intérêts du commerce international*» (304). A questo proposito, vale la pena ricordare che il criterio di internazionalità dell'arbitrato, adottato nel sistema francese, è fondato su di una concezione strettamente economica, incentrata unicamente sul tipo di interessi oggetto della controversia, rispetto alla quale è irrilevante la presenza di un elemento di estraneità di tipo giuridico, attinente alla nazionalità delle parti, al luogo della residenza o del domicilio di queste ultime, al luogo della conclusione del contratto principale oggetto della lite deferita agli arbitri o alla sede della procedura arbitrale. Tra le tante decisioni in materia, si vedano in giurisprudenza: App. Paris, 29 marzo 2001, in *Revue de l'arbitrage*, 2001, 543, con nota di BUREAU, secondo cui il codice di rito ha adottato «*une définition exclusivement économique de l'arbitrage international selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul État*»; Cass., 26 gennaio 2011, in *Recueil Dalloz*, 2011, 312; in dottrina FOUCHARD - GAILLARD - GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, cit., 64; SERAGLINI, *Arbitrage commercial international*, cit., 847 ss.; JACQUET, *La distinction entre arbitrage interne et international en droit français*, in *Arbitrage interne et international*, a cura di BONOMI e BOCHATAY, cit., 177 ss.; ALEGRÍA - HERVELLA, *Mantenimiento del dualismo y del concepto de arbitraje internacional en el Decreto N.º 2011-48 de 13 de enero de 2011 de reforma del Derecho Arbitral Francés*, in *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 11, 55 ss., in part. 58 ss. In senso critico sulla nozione di arbitrato internazionale adottata nel sistema francese si veda BOLLÉE, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret nº 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 6, il quale parla di «*caractère invertébré*» del criterio di cui all'art. 1504, da cui derivano diversi problemi «*du point de vue de la clarté et de la prévisibilité des solutions*». Sull'opportunità o meno di conservare un regime differenziato per l'arbitrato internazionale si vedano: MAYER, *Faut-il distinguer arbitrage*



Procederemo, quindi, ad esporre - nei limiti della presente indagine - gli aspetti salienti del decreto n. 2011-48, prendendo in esame dapprima le disposizioni in materia di arbitrato interno e poi quelle in materia di arbitrato internazionale.

## 2. La convenzione di arbitrato

Analogamente alla scelta compiuta dal legislatore italiano del D.Lgs. n. 40/2006, anche quello francese dell'ultima riforma crea la categoria unitaria della convenzione d'arbitrato (capitolo I, titolo I, libro IV) alla quale appartengono le due specifiche tipologie della clausola compromissoria e del compromesso - rispettivamente definiti al secondo e al terzo comma dell'art. 1442 - il cui criterio distintivo è quello classico basato sul momento in cui insorge la lite<sup>10</sup>. La previsione di questo *genus* unitario tende a ridurre le differenze, nei limiti del possibile, tra le due *species* di convenzione d'arbitrato: per entrambe l'attuale art. 1443 richiede la forma scritta a pena di nullità; a differenza di quanto previsto dal diritto previgente che per il compromesso si accontentava della forma scritta *ad probationem* e imponeva la forma *ad substantiam* unicamente per la clausola compromissoria<sup>11</sup>. La nozione di forma scritta è,

---

*interne et arbitrage international?*, in *Revue de l'arbitrage*, 2005, 361 ss., e PELLERIN, *Monisme ou dualisme de l'arbitrage. Le point de vue français*, in *Les cahiers de l'arbitrage*, IV, a cura di MOURRE, cit., 133 ss. Ad ogni modo, la tendenza della giurisprudenza degli ultimi anni è stata quella di estendere all'arbitrato interno alcune delle soluzioni liberali coniate per il tipo internazionale, come segnala anche CREMADES A.C., *El dualismo del nuevo derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización*, cit., 42-43.

<sup>10</sup> La clausola compromissoria è, infatti, definita dal comma 2° dell'art. 1442 come: «*La convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats*». Mentre il compromesso è definito dal comma 3° del citato articolo come: «*La convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage*». Secondo JARROSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 10-11, sarebbe ammissibile, nonostante il silenzio della legge sul punto, anche la stipulazione di una «*clause compromissorie-cadre*» su liti future in materia non contrattuale relative a rapporti giuridici determinati; gli AA. fanno, infatti, riferimento alle liti precontrattuali e a quelle relative a rapporti di vicinato (nota 16).

Sulla creazione, ad opera dell'ultima riforma italiana dell'arbitrato, del *genus* unitario della convenzione d'arbitrato, al cui interno sono comprese le tre *species* del compromesso (art. 807), della clausola compromissoria (art. 808) e della convenzione d'arbitrato in materia non contrattuale (art. 808-bis) si vedano: PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, I, cit., 319 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Art. 806*, in *Arbitrato*<sup>2</sup>, a cura di CARPI, Bologna, 2007, 3 ss.

<sup>11</sup> Aspetto che viene sottolineato da CADIET - JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 760.

L'abrogato art. 1449 CPC disponeva, al contrario, che: «*Le compromis doit être constaté par écrit*». Da siffatta formulazione si deduceva che per il compromesso la forma scritta fosse richiesta solo a fini probatori, si vedano tra gli altri: MOREAU, *Arbitrage en droit interne*, cit., 22, secondo cui per il compromesso, «*à la différence de*



comunque, ampia, potendo la convezione d'arbitrato risultare anche da uno scambio di atti scritti separati o «da un documento a cui è fatto riferimento nel contratto principale» (art. 1443)<sup>12</sup>. Da specificare anche che, nel riferirsi ad una pluralità di contratti, l'art. 1442, comma 2º, fa proprio quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'ambito oggettivo della clausola compromissoria abbraccia tutti i contratti che sono tra loro collegati<sup>13</sup>. Rientrando nella competenza normativa del Parlamento, i limiti oggettivi di arbitrabilità delle controversie, di cui agli artt. 2059-2061 *Code civil* (come riformati dalla legge del 15 maggio 2001), non potevano essere oggetto del decreto n. 2011-48<sup>14</sup>. Oggi, come ieri, si possono, quindi, deferire ad arbitri le liti che hanno ad oggetto diritti disponibili (art. 2059 CC) e la clausola compromissoria è valida per i contratti conclusi in ragione di un'attività professionale, salve speciali disposizioni di legge (art. 2061 CC)<sup>15</sup>.

L'art. 1444 contiene un'importante innovazione data dall'introduzione di un meccanismo di sanatoria per la c.d. convenzione di arbitrato «bianca», ossia quella che non

---

*la clause compromissoire, l'obligation d'un écrit n'[était] pas prescrite à peine de nullité»; LOQUIN, Arbitrage. Compromis et clause compromissoire, in Jurisclasseur, Procédure civile, fasc. 1020, Paris, 2008, § 14, secondo cui: «l'écrit ne remplit pas la même fonction s'agissant de la clause compromissoire ou du compromis. Le compromis est constaté par écrit, la clause compromissoire doit être stipulée par écrit à peine de nullité». Nel sistema italiano, una parte della dottrina (PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, I, cit., 354) ritiene che solo per il compromesso le parti debbano utilizzare, a pena di nullità, la forma scritta, mentre per la clausola compromissoria di cui all'art. 808 e per la convenzione d'arbitrato di cui all'art. 808-bis, «si può ammettere che l'atto scritto possa rappresentare la mera documentazione di una stipulazione già intervenuta, cioè un atto ricognitivo di una volontà già manifestata, da cui tale volontà risulti».*

<sup>12</sup> Sull'ammissibilità della clausola compromissoria stipulata *per relationem* si veda già Cass., 9 novembre 1993, in *Revue de l'arbitrage*, 1994, 108 ss., con nota di KESSEDJIAN. Per il sistema italiano si veda ZUCCONI GALLI FONSECA, *Art. 807*, in *Arbitrato*<sup>2</sup>, a cura di CARPI, cit., 121 ss.

<sup>13</sup> Nel citato *Rapport au Premier ministre* si specifica che «le décret consacre également la jurisprudence, désormais majoritaire, en vertu de laquelle la clause compromissoire a vocation à s'appliquer dans le cadre de groupes de contrats, dès lors que les contrats en cause ont un caractère de complémentarité (Cass. Com., 5 mars 1991) ou que les parties ont accepté d'exécuter l'accord, en ce compris la clause compromissoire (Cass., 1re civ., 25 juin 1991) (article 1442, al. 2)». Sul tema si rinvia all'analisi di: COHEN, *Arbitrage et groupes de contrats*, in *Revue de l'arbitrage*, 1997, 471 ss.; TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, Paris, 2003. Per il sistema italiano si vedano: ZUCCONI GALLI FONSECA, *Art. 806*, in *Arbitrato*<sup>2</sup>, a cura di CARPI, cit., 61; ID., *Art. 808-quater*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2007, 1198 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, I, cit., 651 ss.

<sup>14</sup> Sulla ripartizione tra Parlamento e Governo delle competenze normative in materia processuale si rinvia a GUINCHARD - CHAINAIS - FERRAND, *Procédure civile*<sup>30</sup>, cit., 56 ss.

<sup>15</sup> Sul punto si vedano: MARINI - FAGES, *La réforme de la clause compromissoire*, in *Recueil Dalloz*, 2001, 2658 ss.; FOUCHARD, *La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001*, in *Revue de l'arbitrage*, 2001, 397 ss. In materia commerciale, la clausola compromissoria è ammessa, come indicato dall'art. L721-3, comma 2º, del *Code de commerce*, secondo cui «les parties peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-dessus énumérées».



contiene la nomina degli arbitri o non indica le modalità della loro designazione: in luogo della comminatoria di nullità, sancita dal diritto previgente<sup>16</sup>, viene prevista l'integrazione e, quindi, la salvezza del patto compromissorio attraverso il rinvio ai criteri suppletivi degli artt. 1451-1454 in materia di nomina degli arbitri, in ossequio al principio di conservazione degli atti giuridici, attuato anche dall'art. 809, comma 3<sup>o</sup>, c.p.c. italiano<sup>17</sup>.

Viene, inoltre, espressamente ammessa l'indipendenza (termine che viene preferito a quello di autonomia) della convenzione d'arbitrato rispetto al contratto cui accede (art. 1447, comma 1<sup>o</sup>), codificando un principio già elaborato dalla giurisprudenza francese - prima in materia di arbitrato internazionale, poi esteso a quello interno - e che viene ampiamente riconosciuto in ambito comparatistico<sup>18</sup>; nel medesimo comma si specifica che la convenzione d'arbitrato non viene travolta dalla inefficacia del contratto cui accede<sup>19</sup>. Il comma 2<sup>o</sup> dell'art.

---

<sup>16</sup> Sulla nullità della «*clause blanche*» nel diritto previgente: App. Paris, 17 ottobre 1991, in *Revue de l'arbitrage*, 1992, 673 ss., con nota di ZOLLINGER; Cass., 18 gennaio 1994, in *ivi*, 1994, 536 ss.; App. Paris, 15 maggio 2002, in *Les cahiers de l'arbitrage*, II, a cura di MOURRE, Paris, 2004, 307.

<sup>17</sup> Sul punto BEGUIN - ORTSCHIEDT - SERAGLINI, *Un second souffle pour l'arbitrage. Arbitrage interne*, cit., § 36, parlano di «*une innovation très bienvenue*». Per il meccanismo di integrazione automatica del patto compromissorio di cui all'art. 809 c.p.c. italiano si vedano: PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, I, cit., 592 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Art. 809*, in *Arbitrato*<sup>2</sup>, a cura di CARPI, cit., 205 ss.

<sup>18</sup> Secondo DE BOISSESON, *La nouvelle convention d'arbitrage*, in AA.VV., *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, a cura di CLAY, 81 ss., in part. 85, il termine indipendenza è stato preferito a quello di autonomia per «*souligner que la convention d'arbitrage ne jouit pas seulement d'une autonomie fonctionnelle, mais qu'elle constitue un contrat à part entière*». Approva questa scelta terminologica per la convenzione d'arbitrato BOLLEE, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 11, il quale, tuttavia, avrebbe preferito l'inserimento di un riferimento ai casi in cui la convenzione d'arbitrato viene legata al contratto principale. Sul punto si veda anche CHENU, *L'autonomie de la clause compromissoire après le décret du 13 janvier 2011*, in *Les Petites Affiches*, 21 avril 2011, 3 ss. Per il riconoscimento dell'autonomia della clausola compromissoria in materia di arbitrato internazionale si veda il celebre *arrêt Gosset* del 1963 (Cass., 7 maggio 1963, pubblicata, tra le altre, in *Revue critique de droit international privé*, 1963, 615 ss., con nota di MOTULSKY) e in materia di arbitrato interno Cass., 4 aprile 2002 e Cass., 9 aprile 2002, in *Revue de l'arbitrage*, 2003, 103 ss., con nota di DIDIER. Per ulteriori riferimenti si rinvia a LOQUIN, *Arbitrage. Compromis et clause compromissoire*, cit., § 8, nonché a POUURET - BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., 133 ss., per un'analisi comparatistica. Per l'autonomia della clausola compromissoria nel sistema italiano si veda, per tutti, PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, I, cit., 653 ss.

<sup>19</sup> Come specificato nel citato *Rapport au Premier ministre*, nel concetto di inefficacia del contratto principale rientrano, ad esempio la sua inesistenza, la sua caducazione e la sua risoluzione, per alcuni casi giurisprudenziali si vedano: App. Paris, 26 novembre 1981, in *Revue de l'arbitrage*, 1982, 439 ss., con nota di MEZGER; Cass., 4 aprile 2002, cit.; Cass., 25 ottobre 2005, in *Revue de l'arbitrage*, 2006, 103 ss., con nota di RACINE.



1447 dispone, correlativamente, che la clausola compromissoria nulla deve essere considerata come non apposta e, quindi, la sua nullità non avrà ripercussioni sul contratto principale<sup>20</sup>.

Sostanzialmente invariate sono le disposizioni (ora contenute all'art. 1448) relative all'effetto negativo del patto compromissorio che impedisce alle parti di adire validamente il giudice statale per risolvere le liti oggetto della volontà compromissoria<sup>21</sup>. Al primo comma del citato articolo, si esclude nei rapporti tra giudizio arbitrale e giudizio statale l'applicazione della regola delle vie parallele, preferendo quella della «priorità cronologica della valutazione degli arbitri sulla propria competenza»<sup>22</sup> (anche detta regola della «litispendenza zoppa»)<sup>23</sup>: se il collegio arbitrale si è già costituito<sup>24</sup>, il giudice statale deve dichiarare la propria incompetenza, senza poter valutare la validità o l'efficacia della convenzione d'arbitrato; mentre, anteriormente alla costituzione del collegio, residua un margine di valutazione del giudice statale, il quale non deve declinare la propria competenza in ragione della stipulazione di una convenzione d'arbitrato, se ritiene che quest'ultima sia «manifestamente nulla o manifestamente inapplicabile»; tutte le doglianze relative alla convenzione d'arbitrato potranno, successivamente, essere discusse davanti al giudice dell'impugnazione del lodo<sup>25</sup>. Nel

<sup>20</sup> Nel sistema italiano, invece, l'art. 808, comma 2º, c.p.c. disciplina solo il caso dell'autonomia della clausola compromissoria rispetto al contratto principale e non anche l'ipotesi simmetrica dell'autonomia del secondo dalla prima (così ZUCCONI GALLI FONSECA, *Art. 808*, in *Arbitrato*<sup>2</sup>, a cura di CARPI, cit., 143).

<sup>21</sup> Sull'effetto negativo del patto compromissorio si vedano in generale: SERAGLINI, *L'arbitrage commercial international*, cit., 927 ss.; PUNZI, *Il processo civile*<sup>2</sup>, III, cit., 191 ss. Mentre CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, cit., 344, ritiene preferibile parlare di un «*principe prohibitif de la convention d'arbitrage*».

<sup>22</sup> In questo senso SERAGLINI, *L'arbitrage commercial international*, cit., 938, che parla di «*règle de priorité chronologique en faveur de l'arbitre sur l'appréciation de sa compétence*», aggiungendo che si tratta di una soluzione «*très minoritaire en droit comparé. La plupart des autres législations, tout en reconnaissant à l'arbitre compétence pour statuer sur sa propre compétence ne lui accordent aucune priorité à cet égard*». Per GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 534, quella francese è «*une forme particulièrement énergique de principe d'effet négatif de la compétence-compétence*». In materia POUURET-BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., 459, parlano di una «*priorité chronologique, et non pas absolue, analogue à celle consacrée par l'exception de litispendance, mais dont le champ d'application a été étendu à l'action en constatation ou négation du droit au sujet de la compétence de l'arbitre*».

<sup>23</sup> Parla di «litispendenza (a senso unico e così) zoppa» CONSOLO, *Litispendenza e connessione tra arbitro e giudizio ordinario (evoluzione e problemi irrisolti)*, in questa *Rivista*, 1998, 659 ss., in part. 675.

<sup>24</sup> Il momento dell'investitura del collegio arbitrale (la c.d. «*saisine*») è stato individuato da Cass., 25 aprile 2006, in *Revue de l'arbitrage*, 2007, 79 ss., con nota di EL AHDAB, in quello della costituzione del collegio.

<sup>25</sup> Sul punto si vedano: LOQUIN, *Arbitrage. Compétence arbitrale. Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire*, in *Jurisclasseur, Procédure civile*, fasc. 1034, Paris, 2010, § 84, il quale scrive che il collegio arbitrale «*dès l'instant qu'il a été saisi du litige, est la seule autorité compétente pour apprécier la réalité ou l'étendue de son investiture. L'exception tirée de l'existence de la clause compromissoire produit dans cette*



secondo comma dell'art. 1448 si ribadisce, poi, che l'eccezione di patto compromissorio rientra nella sfera di disponibilità delle parti<sup>26</sup>; il comma 3° del medesimo articolo specifica che ogni stipulazione contraria ai primi due commi deve considerarsi come non apposta.

La riforma del 2011 disciplina, inoltre, i rapporti tra tutela sommaria e arbitrato. Come disposto dall'art. 1449, quando il collegio arbitrale non è ancora costituito, il presidente del *tribunal de grande instance* o del *tribunal du commerce* è competente, nonostante la stipulazione di una convenzione d'arbitrato, a concedere: una «*mesure d'instruction*» (c.d. *référé probatoire*), alle condizioni stabilite dall'art. 145 CPC; una «*mesure provisoire ou conservatoire*», come un *référé provision*, di cui all'art. 809, comma 2°, o un *référé classique*, di

---

*hypothèse un effet absolu dès lors qu'elle a été soulevée in limine litis. Elle oblige le tribunal étatique à constater son incompétence»; aggiungendo (§ 85) che «l'incompétence de la juridiction étatique résulte de la seule constatation que le litige a été porté devant le tribunal arbitral, sans qu'aucune discussion ne puisse avoir lieu devant le juge de l'État sur le fondement de l'investiture de l'arbitre»; Cass., 11 luglio 2006, in *Revue de l'arbitrage*, 2006, 1077. Sui concetti di manifesta nullità o manifesta inapplicabilità della convenzione d'arbitrato si rinvia a CACHARD, *Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire*, in *Revue de l'arbitrage*, 2006, 893.*

La soluzione della priorità della valutazione degli arbitri sulla propria competenza era stata adottata anche in alcune pronunce della giurisprudenza italiana: Cass., 8 luglio 1996, n. 6205, in questa *Rivista*, 1997, 325 ss., con nota di VACCARELLA, e Cass., 7 aprile 1997, n. 3001, in questa *Rivista*, 1997, 515 ss., con nota di LUIO (su cui si veda anche il commento di PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, I, cit., 161, e quello di POUURET - BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., 463, i quali sottolineano che il richiamato orientamento giurisprudenziale italiano si è ispirato alla regola francese della priorità della valutazione degli arbitri). È noto come, al contrario, la terza riforma italiana dell'arbitrato ha scelto la regola delle vie parallele, ammettendo lo svolgimento contemporaneo del giudizio arbitrale e di quello statale, rifiutando «il principio della litispendenza zoppa o a senso unico in favore degli arbitri» (così PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, I, cit., 201; nonché RUFFINI, *Art. 819-ter*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, 1360 ss., in part. 1367, e RICCI G.F., *Art. 819-ter*, in *Arbitrato*<sup>2</sup>, a cura di CARPI, cit., 501). Per un panorama comparatistico in materia si veda DIMOLITSA, *Autonomie et «Kompetenz-Kompetenz»*, in *Revue de l'arbitrage*, 1998, 305 ss.

<sup>26</sup> Come ricordato da SERAGLINI, *L'arbitrage commercial international*, cit., 938, in nota, la soluzione di escludere la rilevanza d'ufficio dell'eccezione di patto compromissorio è «*très largement retenue en droit comparé*». Si tratta, in particolare, di un'eccezione che la giurisprudenza ha qualificato come eccezione di rito (*exception de procédure*) che, quindi, deve essere rilevata dal convenuto in *limine litis*, prima di ogni difesa di merito (*défense au fond*) o eccezione di inammissibilità (*fin de non-recevoir*), come deciso da Cass., 22 novembre 2001, in *Revue de l'arbitrage*, 2002, 371 ss., con nota di THÉRY.

L'inquadramento dei rapporti tra arbitri e giudici ordinari nell'ambito della competenza viene, tuttavia, criticato da una parte della dottrina: GUINCHARD - CHAINAIS - FERRAND, *Procédure civile*<sup>30</sup>, cit., 1489, i quali ritengono che sarebbe più opportuno parlare di «*défaut de pouvoir de juger*» o di «*défaut de pouvoir juridictionnel*» piuttosto che di incompetenza del giudice statale in ragione della stipulazione di una convenzione d'arbitrato. Analogamente per il sistema italiano si vedano: PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, I, cit., 197 ss., secondo cui «al di là del *nomen* utilizzato dal legislatore [...] i rapporti tra arbitri e giudici ordinari non possono essere ricostruiti facendo ricorso ai principi propri della competenza»; RUFFINI, *Art. 819-ter*, cit., 1365.



cui all'art. 808, qualora ricorra la condizione dell'urgenza<sup>27</sup>. Dopo la costituzione del collegio arbitrale, al quale l'art. 1468 conferisce espressamente poteri cautelari (vedi *infra* n. 4), si esclude che il giudice statale possa emanare dei provvedimenti provvisori, quali il *référé provision*<sup>28</sup>, il *référé probatoire*<sup>29</sup> o il *référé classique*, anche se in relazione a quest'ultimo tipo di misura una parte della dottrina ha sollevato dei dubbi<sup>30</sup>. Per la concessione delle *saisies conservatoires* e delle *sûretés judiciaires* è, invece, sempre competente il giudice statale, anche dopo la costituzione del collegio arbitrale (artt. 1449, comma 2º, e 1468, comma 1º)<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Si tratta di soluzioni elaborate anteriormente alla riforma del 2011, su cui si vedano: COUCHEZ, *Référé et arbitrage*, in *Revue de l'arbitrage*, 1986, 155 ss.; LOQUIN, *Arbitrage. Compétence arbitrale*, cit., § 18, secondo cui «la compétence exceptionnelle d'un tribunal étatique, nonobstant la convention d'arbitrage, ne peut être fondée que sur un principe supérieur comme l'urgence». Si noti che, a differenza di quanto accade generalmente, in caso di stipulazione di una convenzione d'arbitrato anche la concessione del *référé provision* viene subordinata, dall'art. 1449, comma 2º, alla sussistenza della condizione dell'urgenza, conformemente all'orientamento giurisprudenziale formatosi precedentemente alla riforma del 2011 (come notato anche da BOLLÉE, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 13). Sul punto si veda, tra le altre, Cass., 13 giugno 2002, in *Recueil Dalloz*, 2002, 2439.

<sup>28</sup> In questa direzione si vedano, già, Cass., 2 aprile 1997, e Cass., 21 ottobre 1997, in *Revue de l'arbitrage*, 1998, 673 ss., con nota di DEGOS; Cass., 29 giugno 1999, in *ivi*, 1999, 817 ss., con nota di HORY; Cass., 13 giugno 2002, in *ivi*, 2002, 790-791; App. Paris, 5 maggio 2004, in *ivi*, 2006, 751 ss., con nota di DUPREY.

<sup>29</sup> Per il regime previgente si vedano: HORY, *Mesures d'instruction in futurum et arbitrage*, in *Revue de l'arbitrage*, 1996, 13 ss.; App. Versailles, 8 ottobre 1998, in *ivi*, 1999, 59, con nota di HORY.

<sup>30</sup> Ritengono che il giudice statale possa concedere un *référé classique* anche dopo la costituzione del collegio arbitrale JARROSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 16, i quali scrivono che: «En tout état de cause, il nous semble que la possibilité de recourir en référé au juge étatique lorsque le tribunal arbitral est constitué doit être admise dans son principe, car on ne peut exclure de rencontrer des hypothèses dans lesquelles le tribunal arbitral, même saisi et même muni des pouvoirs qui sont les siens, ne sera pas en position d'ordonner efficacement la mesure nécessaire souhaitée. Toutefois, le juge devra veiller à réserver son intervention aux seuls cas où elle sera vraiment nécessaire». Ma nel senso dell'esclusività della competenza cautelare degli arbitri dopo la costituzione del collegio sembrano porsi: GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 297; BOLLEE, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 11. Sul tema dei rapporti tra tutela sommaria e arbitrato prima del 2011 si veda l'esaustiva analisi di CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et en droit italien*, Paris, 2007, 188 ss., che parlava, infatti, di principio delle competenze parallele tra giudici statali e arbitri per la tutela in questione; nonché, se si vuole, BONATO, *I référés nell'ordinamento francese*, in *La tutela sommaria in Europa*, a cura di CARRATTA, Napoli, 2012, 35 ss., in part. 45. Da segnalare che Cass., 6 dicembre 2005, in *La semaine juridique*, 2005, n. 344, con nota di CHABOT, aveva ritenuto che in caso di costituzione del collegio arbitrale i giudici statali non avessero più il potere di concedere provvedimenti cautelari, elaborando il seguente principio: «la clause compromissoire n'exclut pas, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, la faculté de saisir le juge des référés aux fins de mesures provisoires ou conservatoires».

<sup>31</sup> Sul punto CADIET - JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 781, parlano dell'introduzione da parte del legislatore del 2011 di una «répartition claire des tâches reconnaissant à l'arbitre une part de l'imperium qui prolonge la jurisdiction tout en laissant au juge étatique une exclusivité au sujet des mesures plus coercitives».



### 3. Gli arbitri

Nel capitolo II del titolo I sono contenute le regole disciplinanti il collegio arbitrale «*le tribunal arbitral*». Come stabilito dall'art. 1461, si tratta di disposizioni a carattere inderogabile, ad eccezione di quella relativa alla data in cui si deve considerare il collegio arbitrale investito della lite (art. 1456, comma 1<sup>o</sup>). Il patto contrario alle richiamate disposizioni viene, infatti, considerato come non apposto.

L'art. 1450 riafferma la regola secondo cui solo le persone fisiche in possesso della capacità di agire possono validamente ricoprire il ruolo di arbitro, mentre le persone giuridiche possono assumere solo la funzione di organizzare l'arbitrato: gli atti delle istituzioni arbitrali non rientrano, pertanto, nella categoria della sentenza arbitrale<sup>32</sup>.

Rispetto agli organi chiamati ad intervenire per risolvere le difficoltà relative alla costituzione del collegio arbitrale, nonché quelle riguardanti la ricusazione, l'impedimento e la decadenza di uno dei suoi membri, il codice - salve alcune eccezioni (come quella di cui all'art. 1451, comma 3<sup>o</sup>) - attribuisce in prima battuta tale compito alla persona incaricata di organizzare l'arbitrato («*la personne chargée d'organiser l'arbitrage*»), ossia ad una istituzione arbitrale<sup>33</sup>. In via sussidiaria (se si tratta di un arbitrato *ad hoc*, oppure in caso di inerzia dell'istituzione arbitrale), sarà un giudice statale, denominato dai riformatori del 2011 *juge d'appui*<sup>34</sup>, ad intervenire per decidere sugli incidenti relativi agli arbitri<sup>35</sup>. Quanto

---

<sup>32</sup> La stessa regola era già prevista dal diritto anteriore, si vedano in materia: FOUCHARD, *Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (à propos d'une jurisprudence récente)*, in *Revue de l'arbitrage*, 1987, 225 ss.; ID., *Les institutions d'arbitrage. Conclusions*, in *ivi*, 1990, 483 ss.; LOQUIN, *Arbitrage. Institutions d'arbitrage*, in *Jurisclasseur, Procédure civile*, fasc. 1002, Paris, 1997, 6, che qualifica gli atti delle istituzioni arbitrali come degli «*actes d'administration de l'arbitrage*».

<sup>33</sup> Sui poteri delle istituzioni arbitrali nell'ordinamento italiano si rinvia, tra gli altri, a: CARRATTA, *Art. 832*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, II, Bologna, 2007, 1891 ss.; BIAVATI, *Art. 832*, in *Arbitrato*<sup>2</sup>, a cura di CARPI, 867 ss.; CAPONI, *Art. 832*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, 1424 ss. Sul punto si veda anche l'analisi di EMANUELE - MOLFA, *Arbitrato amministrato e istituzioni arbitrali permanenti*, in PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, III, cit., 5 ss.

<sup>34</sup> La terminologia legislativa *juge d'appui*, mutuata dall'ordinamento svizzero, era già utilizzata dalla giurisprudenza, come ricordato da JARROSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 23. Per un'esauritiva analisi del *juge d'appui* si rinvia a CHEVALIER, *Le nouveau juge d'appui*, in AA.VV., *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, a cura di CLAY, cit., 143 ss.; nonché a LOPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO - CAPIEL, *El juez*



all'individuazione del *juge d'appui* competente, l'art. 1459 indica il presidente del *tribunal de grande instance* designato nella convenzione d'arbitrato o, in mancanza, quello del luogo della sede dell'arbitrato (gli ulteriori criteri suppletivi fanno, inoltre, riferimento al luogo in cui risiedono il convenuto od uno tra i più convenuti e, infine, al luogo in cui risiede l'attore)<sup>36</sup>. Oltre a poter scegliere quale *tribunal de grande instance* sarà territorialmente competente, le parti, nella convenzione d'arbitrato, possono anche preferire di attribuire il ruolo di *juge d'appui* al presidente del tribunale di commercio, i cui poteri sono, tuttavia, limitati ai soli casi di nomina degli arbitri (artt. 1451-1454), non essendo comprese anche le fattispecie di ricusazione, impedimento e revoca (artt. 1456-1458)<sup>37</sup>. Adito da una delle parti, dal collegio arbitrale o da uno dei suoi membri<sup>38</sup>, il *juge d'appui* decide - seguendo la procedura di *référé* - con un'ordinanza, idonea al giudicato<sup>39</sup>, che: è appellabile, se rigetta l'istanza di nomina per

---

*de apoyo en la nueva legislación arbitral francesa*, in *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 11, 108 ss. Per il regime previgente si veda FOUCHARD, *La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage*, in *Revue de l'arbitrage*, 1985, 5 ss., e per un panorama comparatistico POUURET - BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., 361 ss.

<sup>35</sup> L'istituzione arbitrale e il *juge d'appui* sono messi dalla legge sullo stesso piano (CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, cit., 348, il quale ricorda che «*la seule différence concerne la portée de la décision puisque celle du juge d'appui est juridictionnelle, alors que celle du centre d'arbitrage est contractuelle*»; GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 285, i quali sottolineano che, comunque, «*le juge d'appui aurait le dernier mot, de façon à ce que les parties ne soient pas confrontées à une situation de déni de justice*»).

<sup>36</sup> GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 281, affermano che l'intenzione dei redattori della riforma del 2011 è stata quella di affidare il ruolo di *juge d'appui* ad un organo «*spécialisé, préparé et sensibilisé tant à la matière arbitrale qu'aux difficultés procédurales, souvent très techniques*».

<sup>37</sup> Aspetto sottolineato da CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, cit., 339.

<sup>38</sup> Apprezzano la scelta di attribuire anche al singolo membro del collegio arbitrale il potere di adire il «*juge d'appui*» GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 282, secondo i quali tale innovazione permette di aumentare «l'effettività della procedura arbitrale».

<sup>39</sup> Il procedimento dell'art. 1460 non è un vero e proprio *référé*, ma un «*faux référé*», in quanto è destinato a concludersi con un provvedimento incontrovertibile (avente autorità di cosa giudicata «*au fond*») e non con un provvedimento provvisorio (avente autorità di cosa giudicata «*au provisoire*»). Sulla natura del procedimento davanti al *juge d'appui* JARROSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 25, specificano che si tratta di una «*instance au fond*»; nello stesso senso anche GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 283. Sui c.d. «*faux référés*», anche chiamati *référés «en la forme»* si vedano, tra gli altri, HÉRON, *Droit judiciaire privé*, aggiornata da LE BARS, Paris, 2010, 332 ss., nonché, se si vuole BONATO, *I référés nell'ordinamento francese*, cit., 57 ss. Sulle nozioni di autorità di cosa giudicata «*au fond*» e «*au provisoire*» si vedano GUINCHARD - CHAINAIS - FERRAND, *Procédure civile*30, cit., 747 ss. e 1370 ss.



manifesta nullità o inapplicabilità della convenzione d'arbitrato<sup>40</sup>; mentre non è impugnabile, se il giudice procede alla designazione dell'arbitro, ad eccezione dell'*appel-nullité* che è sempre proponibile per censurare il vizio di eccesso di potere, di cui può essere affetta l'ordinanza di accoglimento dell'istanza<sup>41</sup>.

Relativamente alle nuove disposizioni sulla nomina degli arbitri l'art. 1451, nel ribadire, al primo comma, la regola del numero dispari degli arbitri, dispone, al secondo comma, che, qualora la convenzione d'arbitrato indichi un numero pari, il collegio deve essere integrato, attraverso la nomina di un arbitro «complementare», indicato dalle parti oppure, se queste non provvedono, dagli arbitri già designati o, in mancanza, dal *juge d'appui*<sup>42</sup>. Il successivo art. 1452 introduce il già menzionato meccanismo di sanatoria della convenzione d'arbitrato «bianca»: (n. 1) in caso di arbitro unico, se le parti non si accordano sulla nomina, provvede la persona incaricata di organizzare l'arbitrato, o in mancanza, il *juge d'appui*; (n. 2) in caso di collegio con tre arbitri, ogni parte sceglie un arbitro e i due arbitri così nominati indicheranno il terzo membro del collegio; in questa seconda ipotesi, per superare l'inerzia della parte recalcitrante alla nomina oppure il mancato accordo dei due arbitri sulla nomina del terzo, il compito di procedere alla designazione viene affidato alla persona incaricata di organizzare l'arbitrato, o in mancanza, al *juge d'appui*. Per colmare una volontà compromissoria incompleta, la legge non indica quale delle due descritte ipotesi debba trovare applicazione; conseguentemente la scelta tra un arbitro unico o un collegio a tre membri sarà effettuata dalla persona incaricata di

---

<sup>40</sup> L'appello all'ordinanza del *juge d'appui* verrà deciso secondo la procedura ordinaria del giudizio d'appello e non secondo quella speciale del *contredit de compétence* (come disposto dal diritto previgente).

<sup>41</sup> Infatti, malgrado la lettera dell'art. 1460, comma 1° («*Le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours*»), la giurisprudenza ha deciso che contro la decisione di nomina giudiziale dell'arbitro è in ogni caso ammissibile l'*appel-nullité* per eccesso di potere (Cass., 21 gennaio 1998, in *Revue de l'arbitrage*, 1998, 113, con nota di HORY, e su cui si vedano le riflessioni di FOUSSARD, *Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage*, in *ivi*, 2002, 579; ID., *Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage: vers une consolidation des règles?*, in *ivi*, 2004, 803). Per l'utilizzazione della citata soluzione giurisprudenziale anche nel vigore della seconda riforma dell'arbitrato si vedano CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, cit., 342, e GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 283.

<sup>42</sup> Da notare che nell'art. 1451 non si fa riferimento alla persona incaricata di organizzare l'arbitrato, ma direttamente al giudice statale; su questo aspetto GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 285, scrivono che: «*il a été jugé que dans une telle hypothèse, un peu pathologique dans la mesure où la convention d'arbitrage prévoit une désignation d'arbitres au nombre de deux, il valait mieux que le juge d'appui intervînt directement*».



organizzare l'arbitrato, o in mancanza, dal *juge d'appui*, a seconda della complessità della causa<sup>43</sup>.

Inoltre, qualora si tratti di un arbitrato con pluralità di parti e queste non si accordino sulle modalità di nomina, sarà la persona incaricata di organizzare l'arbitrato, o in mancanza, il *juge d'appui* a procedere alla designazione di uno o più arbitri (art. 1453)<sup>44</sup>. Segue la regola di chiusura, in base alla quale tutte le contestazioni relative alla costituzione del collegio arbitrale sono regolate, in assenza di accordo delle parti, dalla persona incaricata di organizzare l'arbitrato, o in mancanza, sono decise dal *juge d'appui* (art. 1454).

Il legislatore francese considera, inoltre, il collegio arbitrale costituito dal giorno dell'accettazione di tutti gli arbitri, momento in cui il giudizio arbitrale si considera pendente e da cui decorre il termine per la pronuncia del lodo (artt. 1456, comma 1º, e 1463); le parti possono, comunque, derogare a tale regola<sup>45</sup>.

Per quello che riguarda la posizione dell'arbitro, viene confermato e inasprito, dall'art. 1456, comma 2º, l'obbligo della *disclosure*, poiché colui che vuole assumere l'incarico arbitrale deve rivelare tutte circostanze che possono compromettere la sua indipendenza o imparzialità («*toutes circonstances susceptibles d'affecter son indépendance ou son impartialité*»)<sup>46</sup>, requisiti

---

<sup>43</sup> Così GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 286.

<sup>44</sup> JARROSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 20, ritengono che, pur nel silenzio della riforma, nell'arbitrato con pluralità di parti si debba sempre rispettare il principio di parità delle parti nei poteri di nomina, elaborato da Cass., 7 gennaio 1992, in *Revue de l'arbitrage*, 1992, 470 ss., con nota di BELLET. Come noto, sull'arbitrato con pluralità di parti è intervenuto anche il legislatore italiano della riforma del 2006, sulla cui disciplina si rinvia a: SALVANESCHI, *Art. 816-quater*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, 1280 ss.; LIPARI, *Art. 816-quater*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO e CAPPONI, III, 2, Padova, 2009, 744 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, I, cit., 578 ss.

<sup>45</sup> Usufruento della libertà, di cui all'art. 1461 CPC, le parti potrebbero indicare come momento di pendenza del giudizio arbitrale - anche ai fini della decorrenza del termine per la decisione - quello della consegna del fascicolo di causa agli arbitri. Si tratta di un'ipotesi espressamente contemplata nel citato *Rapport au Premier ministre*, ove si legge che: «*les parties pourront, par la voie conventionnelle ou par un acte d'adhésion à un règlement d'arbitrage, décider que le tribunal ne sera saisi, par exemple, qu'à compter de la date de réception par le tribunal arbitral de l'ensemble des dossiers d'arbitrage*». In senso favorevole alla disposizione in questione JARROSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 29.

<sup>46</sup> In relazione all'obbligo della *disclosure* GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 288, notano come il legislatore del 2011 abbia adottato una maggiore severità rispetto al passato; viene, infatti, prevista «*une obligation très large pesant sur la personne de l'arbitre, puisque le texte ne laisse pas à l'arbitre le choix de déterminer ce qui est de nature ou non à*



questi ultimi che, appartenendo «all'essenza stessa della funzione giurisdizionale» dell'arbitro<sup>47</sup>, i riformatori del 2011 hanno voluto espressamente codificare<sup>48</sup>. La legge specifica che quest'obbligo di dichiarare tutte le circostanze sospette riguarda anche quelle che possono sorgere dopo l'accettazione dell'incarico<sup>49</sup>. Il potere di risolvere la controversia sulla permanenza («*le maintien*») dell'arbitro è attribuito alla persona incaricata di organizzare l'arbitrato o, in mancanza, al *juge d'appui* che devono essere aditi entro un mese dalla rivelazione o dalla scoperta della circostanza sospetta (terzo comma dell'art. 1456). Infine, secondo l'art. 1457, l'arbitro deve portare a termine il suo incarico e può legittimamente rinunciarvi solo in caso impedimento o di giustificato motivo. Per la revoca dell'arbitro serve, di regola, il consenso di tutte le parti, in assenza del quale la questione della revoca è risolta dalla persona incaricata di organizzare l'arbitrato o, in mancanza, è decisa dal *juge d'appui* (art. 1458).

#### 4. Il procedimento arbitrale

Nel capo III del titolo I troviamo le disposizioni relative al procedimento arbitrale (*l'instance arbitrale*)<sup>50</sup>, che si apre con l'art. 1462, in cui si specifica che la controversia viene

---

*affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui appartient en effet de déclarer l'ensemble des circonstances qui pourraient être de nature à entraîner une suspicion sur son indépendance*». A proposito dell'art. 1456, comma 3<sup>o</sup>, parla di un «*dispositif efficace et inédit qui incitera à des révélations larges*» CLAY, *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, cit., § 2, cui si rinvia anche per l'esame della recente giurisprudenza in materia di imparzialità degli arbitri. Tale maggiore severità della riforma del 2011, rispetto all'obbligo di rivelazione delle circostanze che mettono in dubbio l'imparzialità degli arbitri, si pone in linea di continuità con l'atteggiamento più rigoroso assunto recentemente dalla giurisprudenza francese, come ricordato da BÉGUIN, in BÉGUIN - ORTSCHIEDT - SERAGLINI, *Droit de l'arbitrage. Chronique*, in *La Semaine Juridique*, 2011, n. 1432, § 5.

<sup>47</sup> Così, tra le altre, si veda: App. Paris, 28 novembre 2002, in *Revue de l'arbitrage*, 2003, 445 ss.

<sup>48</sup> RACINE, *Le nouvel arbitre*, in AA.VV., *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, a cura di CLAY, 117 ss., in part. 121, approva il riferimento normativo espresso ai requisiti di imparzialità e di indipendenza degli arbitri.

<sup>49</sup> Come noto, il legislatore italiano della terza riforma dell'arbitrato non ha, invece, espressamente imposto agli arbitri l'obbligo di dichiarare l'esistenza di eventuali motivi di parzialità. Criticano il mancato inserimento, nel c.p.c. italiano, dell'obbligo della *disclosure*, tra gli altri: GIOVANNUCCI ORLANDI, *Art. 815*, in *Arbitrato*<sup>2</sup>, a cura di CARPI, cit., 289; CONSOLO, *Imparzialità degli arbitri. Ricusazione*, in questa *Rivista*, 2005, 732 ss. In materia, anche per dei riferimenti comparatistici, si rinvia all'analisi di SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2009, 169 ss.

<sup>50</sup> JARROSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 26, scrivono sul punto che «*l'instance arbitrale est peut-être le siège des innovations les plus notables réalisées par le décret en matière interne*». Per un commento generale si rinvia anche a SCHWARTZ, *The New French Arbitration Decree: The Arbitral Procedure*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage - The Paris Journal of International Arbitration*, 2011, 349 ss.



deferita agli arbitri dalle parti, sia congiuntamente che individualmente, cui segue l'art. 1463, comma 1º, in cui viene indicato che il termine per la pronuncia del lodo - in mancanza di una diversa indicazione delle parti - è di sei mesi, decorrenti dal giorno della costituzione del collegio arbitrale; oltre che su accordo delle parti, il termine può essere prorogato dal *juge d'appui* (art. 1463, comma 2º)<sup>51</sup>.

Quanto alle regole procedurali, queste ultime sono stabilite dagli arbitri (salva diversa determinazione delle parti) che non sono obbligati a seguire le disposizioni sul processo statale (art. 1464, comma 1º)<sup>52</sup>. Sono, comunque, applicabili al procedimento arbitrale «i principi direttivi del processo enunciati agli articoli da 4 a 10, al primo comma dell'art. 11, al secondo e al terzo comma dell'art. 12 e agli articoli da 13 a 21, 23 e 23-1», come indicato dall'art. 1464, comma 2º<sup>53</sup>. Il legislatore ha, inoltre, voluto introdurre l'obbligo, gravante sia sulle parti che sugli arbitri, di rispettare i principi di celerità e lealtà durante il procedimento arbitrale: «*Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la*

---

<sup>51</sup> A differenza di quanto previsto dal regime previgente, il decreto del 2011 non specifica se la proroga giudiziale del termine possa essere chiesta anche dagli arbitri, dando adito sia all'interpretazione favorevole che a quella contraria (si vedano JARROSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 30).

<sup>52</sup> Regola che ricalca quella introdotta dalla prima riforma del 1980, su cui si veda PERROT, *L'application à l'arbitrage de règles du Nouveau Code de procédure civile*, in *Revue de l'arbitrage*, 1980, 642 ss.

<sup>53</sup> Si tratta dei principi fondamentali del processo (quali il principio dispositivo, quello del contraddittorio e quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato), su cui si vedano, in generale, CADIET, *Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès*, in *Mélanges Normand*, Paris, 2003, 71 ss. e, con particolare riferimento all'arbitrato, BOLARD, *Les principes directeurs du procès arbitral*, in *Revue de l'arbitrage*, 2004, 511 ss. La riforma del 2011 non ha apportato grandi innovazioni sull'applicabilità dei principi direttivi, vengono solamente aggiunti (rispetto a quanto previsto dall'abrogato art. 1460) i principi di cui all'art. 12, commi 2º e 3º (rispettivamente il principio *iura novit curia* e il potere delle parti di limitare il potere di qualificazione dell'arbitro) e quelli degli artt. 23 e 23-1 che disciplinano, rispettivamente, il caso in cui il giudice conosce la lingua in cui si esprimono le parti (caso in cui si esclude il ricorso ad un interprete) e quello in cui una parte è affetta da sordità.



*procédure*» (art. 1464, comma 3<sup>o</sup>)<sup>54</sup>. È stato, infine, codificato espressamente il principio di riservatezza, inserito nel quarto comma dell'art. 1464<sup>55</sup>.

L'art. 1465 riafferma il principio secondo cui il collegio arbitrale è il «solo» organo «competente» per decidere sulle questioni inerenti al suo «potere giurisdizionale»<sup>56</sup>. Si tratta della regola classica che conferisce agli arbitri il potere di valutare prioritariamente - ma temporaneamente (vista la successiva proponibilità dei mezzi di impugnazione del lodo) - la propria *potestas iudicandi* (vedi anche *retro* n. 2)<sup>57</sup>.

In materia d'istruzione probatoria, grazie all'applicabilità dell'art. 10 CPC, gli arbitri possono disporre d'ufficio l'ammissione di ogni mezzo di prova che, salva diversa determinazione delle parti, dovranno essere assunti collegialmente (art. 1467, comma 1<sup>o</sup>)<sup>58</sup>. Ai commi 2<sup>o</sup> e 3<sup>o</sup> dell'art. 1467 si stabilisce che il collegio arbitrale può: ascoltare dei terzi (che non prestano giuramento); ordinare ad una delle parti la produzione di un mezzo di prova, ordine che può essere eventualmente accompagnato da una *astreinte*. Sempre in riferimento all'istruzione probatoria, l'art. 1469 prevede un meccanismo finalizzato a bilanciare il diritto alla prova delle parti con la posizione di un terzo: una parte può, dopo aver ottenuto

---

<sup>54</sup> Per GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 290, «l'ajout de cette disposition a été voulu par les rédacteurs du décret pour inciter les arbitres à faire usage de l'ensemble des pouvoirs que le décret leur confère à l'égard des parties, de façon à ce que la sentence arbitrale soit rendue dans un délai raisonnable». Sul punto si rinvia anche a DERAIS, *Les nouveaux principes de procédure: confidentialité, célérité, loyauté*, in AA.VV., *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, a cura di CLAY, cit., 91 ss.; DERAIS - ADELL, *Los nuevos principios de lealtad, celeridad y confidencialidad del Código de Procedimiento Civil Francés*, in *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 11, 24 ss.

<sup>55</sup> Su cui si vedano: DERAIS, *Les nouveaux principes de procédure: confidentialité, célérité, loyauté*, cit., 91 ss.; DE LOS SANTOS - SOTO MOYA, *Confidentiality under the new french arbitration law: a step forward?*, in *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 11, 78 ss.; e prima della riforma LOQUIN, *Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage*, in *Revue de l'arbitrage*, 2006, 323 ss.; CAVALIEROS, *La confidentialité de l'arbitrage*, in *Les cahiers de l'arbitrage*, III, a cura di MOURRE, Paris, 2006, 56 ss.; nonché nella dottrina italiana LAUDISA, *Arbitrato e riservatezza*, in questa *Rivista*, 2004, 23 ss.

<sup>56</sup> «Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel», recita il citato art. 1465.

<sup>57</sup> Su cui si veda Cass., 16 ottobre 2001, in *Revue de l'arbitrage*, 2002, 917 ss., con nota di COHEN. Oltre agli AA. precedentemente citati al par. 2 di questo lavoro, si veda BOLLÉE, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., §§ 12 e 19, il quale precisa che gli arbitri godono di «une priorité plutôt que d'un véritable monopole» quanto al potere di verificare la propria «competenza».

<sup>58</sup> Sappiamo che la terza riforma italiana dell'arbitrato ha, invece, previsto la regola opposta, ossia quella della possibilità di delegare ad uno degli arbitri l'intera istruttoria, come disposto dall'art. 816-ter c.p.c., su cui si vedano: PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, II, cit., 234 ss.; RICCI G.F., *Art. 816-ter*, in *Arbitrato*<sup>2</sup>, a cura di CARPI, cit., 407 ss.



l'autorizzazione del collegio arbitrale, proporre un'istanza al presidente del *tribunal de grande instance* per chiedere l'esibizione di un documento in possesso di un terzo<sup>59</sup>. L'art. 1470 riprende per le prove documentali sostanzialmente quanto disposto dal diritto anteriore: salvo patto contrario, il collegio arbitrale può procedere alla verifica di una scrittura privata, mentre resta esclusa l'arbitrabilità della querela di falso di un atto pubblico<sup>60</sup>.

Sulla scia di un costante orientamento giurisprudenziale, l'art. 1468 consacra, infine, il potere del collegio arbitrale di emanare dei provvedimenti conservativi e provvisori<sup>61</sup>, che possono essere accompagnati da una *astreinte*<sup>62</sup> (vedi anche *retro* n. 2). Secondo un'opinione

---

<sup>59</sup> Sul punto CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, cit., 346, ritiene che il decreto del 2011 abbia creato un «vero nuovo giudice nell'arbitrato, il giudice della prova». Mentre RACINE, *Le nouvel arbitre*, cit., 135, sottolinea la circostanza che la disposizione di cui all'art. 1469, comma 1º, prevede una «collaborazione tripartita» tra le parti, gli arbitri e il giudice statale. Una parte della dottrina (BEGUIN - ORTSCHIEDT - SERAGLINI, *Un second souffle pour l'arbitrage. Arbitrage interne*, cit., § 44) si duole, tuttavia, dell'assenza di uno strumento per richiedere al giudice statale di ordinare la comparizione del testimone davanti agli arbitri; strumento che, al contrario, è stato introdotto dalla riforma italiana del 2006 all'art. 816-ter (ancora RICCI G.F., *Art. 816-ter*, in *Arbitrato*<sup>2</sup>, a cura di CARPI, cit., 407 ss., e PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, II, cit., 263 ss.).

<sup>60</sup> In altre parole, gli arbitri possono decidere sulla paternità e sulla genuinità di una scrittura privata, mentre non sono compromettibili le questioni relative alla falsità di un atto pubblico. Sul punto LOQUIN, *Arbitrage. Instance arbitrale*, in *Jurisclasseur, Procédure civile*, fasc. 1036, Paris, 1994, § 54, il quale ricorda che l'art. 1470 CPC prevede che «l'incident de faux peut être réglé devant l'arbitre. Mais la compétence de l'arbitre ne s'étend qu'à l'inscription de faux de l'article 299 du Nouveau Code de procédure civile, c'est-à-dire ayant pour objet un écrit sous seing privé. Au contraire, l'inscription de faux de l'article 303 du Nouveau Code de procédure civile, dirigé contre un acte authentique, n'est pas susceptible d'être soumise à l'arbitrage». Sulla possibilità per gli arbitri di procedere alla verifica di una scrittura privata e per la non arbitrabilità della querela di falso, si vedano nel sistema italiano: PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, II, cit., 247 ss., RICCI G.F., *Art. 816-ter*, in *Arbitrato*<sup>2</sup>, a cura di CARPI, cit., 433-434.

<sup>61</sup> Già in precedenza si era riconosciuto il potere degli arbitri di emanare provvedimenti provvisori (CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 173 ss.; CLAY, *Les mesures provisoires demandées à l'arbitre*, in AA.VV., *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international. Evolutions et innovations*, a cura di JACQUET e JOLIVET, Paris, 2007, 9 ss.). A questo proposito, la giurisprudenza (App. Paris, 7 ottobre 2004, in *Journal de droit international*, 2005, 341 ss., con nota di MOURRE - PEDONE e in *Revue de l'arbitrage*, 2005, 737 ss., con nota di JEULAND) ha allargato la nozione di sentenza arbitrale per inglobare al suo interno anche quell'atto con cui il collegio arbitrale «s'est définitivement prononcé sur la demande de mesures conservatoires qui lui avait été présentée». Lo scopo di siffatto allargamento risiede nella necessità di garantire l'accesso all'*exequatur* ad una misura provvisoria o conservativa che, oltre ad essere dotata dell'efficacia esecutiva, sarà anche, in quanto rivestita della forma della sentenza arbitrale, impugnabile immediatamente davanti alla Corte d'appello.

<sup>62</sup> Sul potere degli arbitri di pronunciare un'*astreinte* (considerato come un «*prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger*») si vedano già: App. Paris, 8 giugno 1990, in *Revue de l'arbitrage*, 1990, 917 ss.; App. Paris, 24 maggio 1991, e App. Paris, 11 ottobre 1991, in *ivi*, 1992, 636 ss., con nota di PELLERIN; App. Paris, 7 ottobre 2004, cit. Sulla questione in generale si rinvia a: KAPLAN, *Astreintes et sentences arbitrales*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage - The Paris Journal of International Arbitration*, 2010, 111 ss.; MOURRE, *Multas coercitivas y ejecución en especie en arbitraje internacional*, in *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 10, 17 ss., in part. 22, per il riferimento alla richiamata giurisprudenza francese.



autorevole, la possibilità per gli arbitri di pronunciare una *astreinte* - pur nel silenzio della legge sul punto - deve essere estesa a tutti i casi in cui ciò può rilevarsi utile, come nel caso di un lodo che contiene la condanna ad un obbligo di fare o non fare<sup>63</sup>.

## 5. La sentenza arbitrale e l'*exequatur*

Contenute nel capitolo IV del titolo I, le disposizioni sulla sentenza in materia di arbitrato interno<sup>64</sup> sono, nell'ordine, relative a: la deliberazione, che deve avvenire secondo diritto, salvo che le parti abbiano conferito agli arbitri il potere di decidere secondo equità (art. 1478), essere segreta (art. 1479) ed essere presa a maggioranza di voti (art. 1480); i requisiti della decisione (artt. 1481 e 1482); la menzione dei requisiti del lodo previsti a pena di nullità e la possibilità della regolarizzazione dell'atto, al quale la nuova redazione dell'art. 1483 ha apportato degli elementi di novità.

Le disposizioni relative agli effetti della decisione arbitrale sono sostanzialmente equivalenti a quelle introdotte dalla prima riforma del 1980<sup>65</sup>: l'art. 1484, comma 1º, secondo cui «la sentenza arbitrale ha, appena emanata, l'autorità della cosa giudicata relativamente alla contestazione decisa»<sup>66</sup>; l'art. 1485, comma 1º, secondo cui «la sentenza vincola il collegio

---

<sup>63</sup> In questo senso RACINE, *Le nouvel arbitre*, cit., 132. Sulla possibilità per gli arbitri di pronunciare un lodo di condanna ad un obbligo di fare si veda nel sistema francese App. Paris, 19 maggio 1998, in *Revue de l'arbitrage*, 1999, 601 ss.

<sup>64</sup> Già la prima riforma dell'arbitrato aveva preferito utilizzare il termine «*sentence arbitrale*» a quello di «*jugement arbitral*» cui si faceva riferimento nel *Code* del 1806 (su questo cambiamento si vedano CLAY, *L'arbitre*, Paris, 2001, 83 ss.). Nel testo utilizziamo alternativamente i vocaboli sentenza arbitrale e lodo, senza voler dare all'uso dell'uno e dell'altro termine una particolare implicazione in ordine alla natura della decisione arbitrale.

<sup>65</sup> Scrivono, infatti, JARROSSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 39, che «*le droit antérieur de l'autorité de la chose jugée n'est donc pas affecté par la réforme*» del 2011.

<sup>66</sup> Sull'argomento si vedano: MAYER, *Litispence, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international*, in *Mélanges Raymond*, Paris, 2004, 185 ss.; HASCHER, *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales*, in *Travaux du comité français de droit international privé. 2000-2002*, Paris, 2004, 29 ss.; JARROSSON, *L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales*, in *Procédures*, agosto 2007, *étude* n. 17; PINNA, *L'autorité de la chose jugée invoquée devant l'arbitre. Point de vue sous le prisme de l'ordre juridique français*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage - The Paris Journal of International Arbitration*, 2010, 697 ss.; nonché, se si vuole, BONATO, *La nozione e gli effetti della sentenza arbitrale nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 669 ss.; ID., *Natura ed effetti del lodo arbitrale in Francia, Belgio, Spagna e Brasile*, in PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, III, cit., 755 ss., in part. 768 ss. Sulla problematica degli effetti del lodo nell'ordinamento italiano rinviamo, tra gli altri, a: CARPI, *Art. 824-bis*, in *Arbitrato*<sup>2</sup>, a cura di CARPI, cit., 586 ss.; D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce*



arbitrale sulla contestazione decisa», nel senso che l'atto diviene irrevocabile e immodificabile per gli arbitri, i quali esauriscono il loro potere decisorio in ordine alla domanda o alla questione decisa (c.d. principio del *dessaisissement*)<sup>67</sup>.

Viene, in particolare, confermato - in deroga alla regola del *dessaisissement* - il potere del collegio arbitrale (sollecitato dall'istanza di parte) di interpretare il lodo, correggerne gli errori e le omissioni materiali, nonché completarlo in caso di omissione di pronuncia (art. 1485, comma 2<sup>o</sup>), restando esclusa la possibilità di rettificarlo in caso vizio di *extra* o *ultrapetizione*. Innovando rispetto al regime previgente, la domanda d'interpretazione, correzione o completamento del lodo deve essere proposta entro tre mesi dalla notificazione del lodo; il collegio arbitrale ha poi tre mesi per emanare la relativa pronuncia interpretativa o correttiva (art. 1486)<sup>68</sup>. In caso d'impossibilità di ricostituire il collegio arbitrale, le suddette domande sono proposte al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito in mancanza di convenzione d'arbitrato (art. 1485, comma 3<sup>o</sup>).

---

dell'art. 824-bis c.p.c., in questa *Rivista*, 2007, 529 ss.; ID., Art. 824-bis, in AA.VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO e CAPPONI, III, 2, cit., 960 ss.; LUIO, *L'art. 824-bis c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2010, 235 ss.; RICCI G.F., *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in *ivi*, 2011, 165 ss.; PUNZI, *Il processo civile*<sup>2</sup>, III, cit., 234 ss.; ID., *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, II, 392 ss.; ODORISIO, *Arbitrato rituale e «lavori pubblici»*, Milano, 2011, 420 ss.; nonché BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Napoli, 2012.

<sup>67</sup> Su cui si veda MOREAU, *Le prononcé de la sentence arbitrale entraîne-t-il le dessaisissement de l'arbitre?*, in *Mélanges Poudret*, Lausanne, 1999, 453 ss. Sull'autorità di cosa giudicata e sul principio del *dessaisissement* si rinvia, tra i tanti, a: BLÉRY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Paris, 2000, 117 ss.; GUINCHARD - CHAINAIS - FERRAND, *Procédure civile*<sup>30</sup>, cit., 761; CADIET - NORMAND - AMRANI-MEKKY, *Théorie générale du procès*, Paris, 2010, 888. Per il sistema italiano, in cui non si distingue espressamente l'autorità di cosa giudicata dall'irrevocabilità della sentenza statale e del lodo, si veda LUIO, *Intorno agli effetti dei lodi non definitivi o parzialmente definitivi*, in questa *Rivista*, 1998, 592 ss.

Ricordiamo che, in forza del richiamato orientamento giurisprudenziale (App. Paris, 7 ottobre 2004, cit.), la nozione di sentenza arbitrale è duplice: da un lato, abbiamo la sentenza arbitrale definitiva (irrevocabile e immodificabile) che decide totalmente o parzialmente il merito oppure una questione pregiudiziale o preliminare; dall'altro lato, troviamo la sentenza arbitrale provvisoria che contiene, appunto, una misura provvisoria o conservativa, che è priva dell'autorità di cosa giudicata «*au fond*», ossia del carattere dell'incontrovertibilità. Sull'argomento JARROSSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 39, sottolineano l'assenza della definizione di sentenza arbitrale nel decreto del 2011.

<sup>68</sup> Sul tema si veda, tra gli altri, ORTSCHIEDT, *Interpréter n'est pas juger*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage - The Paris Journal of International Arbitration*, 2010, 212 ss.



Una novità di rilievo riguarda la notificazione del lodo che non dovrà più necessariamente avvenire tramite ufficiale giudiziario (denominata in francese «*signification*»), lasciando l'art. 1484, comma 3º, la libertà alle parti di stabilire altre modalità di notificazione<sup>69</sup>.

L'efficacia esecutiva del lodo (la cui disciplina si rinviene nel capitolo V del titolo I) continua ad essere subordinata alla concessione dell'ordinanza di *exequatur*<sup>70</sup>, emanata dal *tribunal de grande instance* (in composizione monocratica) del luogo in cui è stata pronunciata la decisione arbitrale (art. 1487, comma 1º), a conclusione di un procedimento - instaurato dalla domanda di parte (*requête*) - che si svolge *inaudita altera parte* (art. 1487, comma 2º)<sup>71</sup>. Le formalità del procedimento di omologazione sono, inoltre, attenuate: l'art. 1487, comma 3º, permette alla parte istante di depositare una copia della convenzione d'arbitrato e della decisione ai fini della concessione dell'*exequatur* che potrà, conseguentemente, essere apposto

---

<sup>69</sup> Sul punto GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 298, scrivono che, essendo la sentenza arbitrale «*une décision de justice privée*», non è necessario applicarle il sistema di notificazioni previsto per le sentenze statali. Secondo SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., 387, la libertà delle forme in materia di notificazione della sentenza arbitrale trova comunque il limite nelle regole indicate dall'art. 680 CPC, a norma del quale: «*L'acte de notification d'un jugement à une partie doit indiquer de manière très apparente le délai d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation dans le cas où l'une de ces voies de recours est ouverte, ainsi que les modalités selon lesquelles le recours peut être exercé; il indique, en outre, que l'auteur d'un recours abusif ou dilatoire peut être condamné à une amende civile et au paiement d'une indemnité à l'autre partie*». Nel sistema francese la notificazione effettuata dall'ufficiale giudiziario (*l'huissier de justice*) viene denominata «*signification*» e si contrappone alla «*notification en la forme ordinaire*» che avviene senza l'intervento dell'ufficiale giudiziario; sulla distinzione tra le due forme di notificazioni si rinvia a FRICERIO, *Notification des actes de procédure*, in *Jurisclasseur, Procédure civile*, fasc. 141, Paris, 2009, 1 ss.

<sup>70</sup> Sul punto JARROSSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 43, scrivono che «*il ne saurait être question d'accorder le caractère exécutoire*» alla decisione degli arbitri «*sans qu'un juge étatique intervienne*». Si tratta di una soluzione scelta anche dal legislatore italiano, ma che, come noto, non è universale. Infatti, nel sistema spagnolo (secondo l'art. 44 della *Ley de Arbitraje* del 2003 e l'art. 517, comma 2º, n. 2, della *Ley de Enjuiciamiento Civil*) e in quello brasiliano (secondo l'art. 18 della *Lei de arbitragem* del 1996 e l'art. 475-N, n. IV, del *código do processo civil*) la decisione arbitrale è di per sé dotata dell'efficacia esecutiva, senza che sia necessario richiedere un provvedimento ulteriore da parte del giudice statale (su cui, se si vuole, si veda BONATO, *Natura ed effetti del lodo arbitrale in Francia, Belgio, Spagna e Brasile*, cit., 819 e 830-831; ID., *La natura e gli effetti del lodo arbitrale.*, cit., 139 ss. e 154 ss.). Nemmeno nell'ordinamento austriaco è prevista l'omologazione del lodo, come ricorda GRADI, *Natura ed effetti del lodo arbitrale in Germania e Austria*, in PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, III, cit., 845 ss., in part. 866.

<sup>71</sup> Che il procedimento per ottenere l'*exequatur* non si dovesse svolgere nel contraddittorio della controparte lo aveva già indicato la giurisprudenza (Cass., 9 dicembre 2003, in *Revue de l'arbitrage*, 2004, 337 ss., con nota di BOLLÉE).



anche sulla copia del lodo (art. 1487, comma 4<sup>o</sup>)<sup>72</sup>. Riprendendo la soluzione della giurisprudenza, l'art. 1488, comma 1<sup>o</sup>, stabilisce, inoltre, che l'istanza di *exequatur* deve essere rigettata, se il lodo è manifestamente contrario all'ordine pubblico<sup>73</sup>. L'ordinanza di accoglimento dell'istanza di *exequatur* non è autonomamente impugnabile, dovendo la parte soccombente introdurre l'appello o l'impugnazione per nullità nei confronti della sentenza arbitrale, la cui proposizione comporta *ipso iure* impugnazione anche dell'ordinanza in questione (art. 1499). Entro un mese dalla sua notificazione, l'ordinanza di rigetto dell'*exequatur* è, invece, impugnabile con l'appello (art. 1500).

## 6. I mezzi di impugnazione

Rilevanti sono le innovazioni sul sistema delle impugnazioni (di cui al capitolo VI, titolo I), introdotte al fine di aumentare la stabilità del lodo attraverso la riduzione delle possibilità di una sua censura<sup>74</sup>.

In questa direzione, viene invertito l'ordine di proponibilità dei due mezzi ordinari d'impugnazione, alternativamente esperibili nei confronti del lodo interno che: è appellabile,

---

<sup>72</sup> Riassuntivamente, il contributo apportato dalla riforma del 2011 in materia di *exequatur* è stato quello della «*simplification des démarches nécessaires*» per ottenerlo; semplificazione che si è prodotta «*tant par une clarification des règles relatives à la procédure d'exequatur que par un allègement des formalités requises*» (così SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., 377).

<sup>73</sup> Anche sotto questo aspetto la riforma del 2011 codifica una precedente soluzione giurisprudenziale, elaborata da App. Paris, 11 luglio 1978, in *Revue de l'arbitrage*, 1978, 538, con nota di VIATTE. Per delle ipotesi di diniego di *exequatur* in caso di manifesta contrarietà all'ordine pubblico si rinvia anche a Cass., 17 giugno 1971, in *Recueil Dalloz*, 1971, *sommaire*, 177. Tra i casi diniego dell'*exequatur* JARROSSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 45, aggiungono anche quello del mancato rispetto delle condizioni di forma previste dalla legge.

<sup>74</sup> Così SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., 376, il quale afferma che al fine «*d'accroître l'efficacité et, par conséquent, l'attractivité de l'arbitrage [...] le nouveau décret cherche à l'évidence, en s'inspirant au besoin de solutions retenues à l'étranger, à renforcer à la fois l'efficacité des sentences arbitrales en facilitant leur exécution rapide [...], et leur autorité en encadrant et en limitant les recours dont elles peuvent être l'objet*». Analoga tendenza ha seguito anche il legislatore della terza riforma italiana dell'arbitrato, sul punto si vedano: TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato (D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, in questa *Rivista*, 2007, 199 ss., in part. 210-211, che parla al riguardo di un rafforzamento dell'autorità e dell'effettività dell'arbitrato; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009, 11, la quale ricorda che «la linea di fondo della riforma [è] una riduzione della censurabilità del lodo».



solo se le parti lo hanno previsto; mentre, se non è stata scelta la via dell'appello, è soggetto all'impugnazione per nullità (*recours en annulation*), proponibile nonostante qualsiasi preventiva rinuncia (artt. 1489 e 1491)<sup>75</sup>. In materia di arbitrato interno, i due mezzi ordinari di impugnazione conservano il carattere sospensivo, nel senso che la pendenza del termine per esercitarli, così come la loro proposizione, sospendono l'esecuzione del lodo, salvo che gli arbitri lo abbiano dichiarato provvisoriamente esecutivo (art. 1496). Nella fase di impugnazione, il giudice della Corte d'appello - il primo presidente o il *conseiller de la mise en état* - può sospendere la provvisoria esecutorietà concessa dagli arbitri, oppure conferirla lui stesso alla decisione arbitrale (art. 1497)<sup>76</sup>.

Confermando le soluzioni anteriori, si stabilisce che: competente a conoscere delle impugnazioni del lodo è la Corte d'appello del luogo in cui è stata emanata la sentenza arbitrale (art. 1494, comma 1<sup>o</sup>)<sup>77</sup>; il rigetto dell'appello o del *recours en annulation* conferisce l'*exequatur*

---

<sup>75</sup> Secondo il diritto previgente, il lodo era impugnabile con l'appello se le parti non vi avevano espressamente rinunciato, nel cui caso era proponibile il *recours en annulation* (su cui la critica, tra gli altri, di LOQUIN, *Perspectives pour une réforme des voies de recours*, in *Revue de l'arbitrage*, 1992, 321). L'inversione dell'ordine delle due impugnazioni ordinarie è stata approvata dalla dottrina: GAILLARD - DE LAPASSE, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, cit., 181, che parlano di una modifica che «*constitue un progrès sensible en matière d'arbitrage*»; SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., 388, il quale scrive al proposito che si tratta di «*un autre changement notable pour l'arbitrage interne*». Sul punto si rinvia anche a PELLERIN, *La nouvelle articulation des recours en arbitrage interne*, in AA.VV., *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, a cura di CLAY, 175 ss., in part. 179 ss.

Ricordiamo che il *recours en annulation* è un mezzo d'impugnazione ordinario a critica vincolata (i cui motivi sono elencati all'art. 1492), sostanzialmente assimilabile all'impugnazione per nullità del lodo, di cui agli artt. 828 ss. del codice di rito italiano (nel lavoro di PERROT, *La riforma dell'arbitrato in Francia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 416 ss., in part. 426, si utilizza, infatti, la terminologia impugnazione per nullità per riferirsi al *recours en annulation*). Il *recours en annulation* è costruito come un'impugnazione a duplice fase: una rescindente, diretta a verificare la sussistenza dei vizi del lodo dedotti dalla parte impugnante; una rescissoria (eventuale), nel corso della quale la Corte d'appello decide nel merito della lite nei limiti della missione degli arbitri, salva la contraria volontà delle parti (l'art. 1493 dispone che: «*Lorsque la juridiction annule la sentence arbitrale, elle statue sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre, sauf volonté contraire des parties*»). Per ulteriori informazioni si rinvia a LOQUIN, *Arbitrage. La décision arbitrale*, in *Jurisclasseur, Procédure civile*, fasc. 1046, Paris, 2012, § 87 ss.

<sup>76</sup> Si tratta di regole sostanzialmente analoghe a quelle anteriormente vigenti, su cui si veda ORTSCHIEDT, *L'octroi et l'arrêt de l'exécution provisoire des sentences arbitrales en France*, in *Revue de l'arbitrage*, 2004, 9 ss.

<sup>77</sup> Per individuare la Corte d'appello competente a decidere sulle impugnazioni del lodo si preferisce fare ricorso al criterio della sede dell'arbitrato, indicata dalle parti, che sarebbe prevalente su quello del luogo della sentenza. In questo senso si veda LOQUIN, *Arbitrage. La décision arbitrale*, cit., § 27, il quale scrive che «*la volonté des parties n'a d'autre objet que d'élire la compétence territoriale de la cour d'appel*».



alla decisione arbitrale (o ai capi di questa che non sono stati riformati o annullati), come indicato dall'art. 1498, comma 2<sup>o</sup><sup>78</sup>.

Da rivelare che, allo scopo di limitare i casi di annullamento del lodo, è stato introdotto, all'art. 1466, l'onere di dedurre davanti agli arbitri le irregolarità del procedimento, pena la preclusione di poterle far valere in sede di impugnazione della decisione<sup>79</sup>. Si tratta di un meccanismo di sanatoria analogo a quello previsto dall'art. 829, comma 2<sup>o</sup>, del codice di rito italiano<sup>80</sup>. Ugualmente finalizzata a sanare i vizi del lodo è la disposizione di cui al comma 2<sup>o</sup> dell'art. 1483, che permette di regolarizzare gli elementi mancanti che sono previsti a pena di nullità dell'atto<sup>81</sup>.

Come indicato dagli artt. 1494, comma 2<sup>o</sup>, il *recours en annulation* o, alternativamente, l'appello sono esperibili fin dall'emanazione della decisione arbitrale e non sono più proponibili decorso un mese dalla sua notificazione, a nulla rilevando la concessione dell'*exequatur*<sup>82</sup>. Si

---

<sup>78</sup> In mancanza di un'analogia previsione nel sistema italiano, la dottrina si è chiesta se dopo il rigetto dell'impugnazione per nullità, il lodo acquistasse automaticamente efficacia esecutiva oppure se fosse comunque necessario il decreto di omologazione. Non potendo, in questa sede, affrontare tale problematica, rinviamo a BOCCAGNA, *Esecutorietà del lodo arbitrale e opposizioni ex artt. 615 e 617 c.p.c.*, in *Scritti sul processo esecutivo e fallimentare in ricordo di Raimondo Ancechino*, Napoli, 2005, 35 ss., e dopo la riforma del 2006 a AULETTA, Art. 825, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, 1403. Per PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, II, cit., 574, non si può prescindere dall'omologazione del lodo, anche dopo il rigetto o la preclusione dell'impugnazione per nullità.

<sup>79</sup> Precisiamo, al riguardo, che l'art. 1466 non è contenuto nel capitolo relativo alle impugnazioni del lodo, ma in quello sul procedimento arbitrale, e dispone che: «*La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir*». Secondo GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 292, l'onere di deduzione, di cui all'art. 1466, deriva dal «principio di coerenza», mentre per DERAÏNS, *Les nouveaux principes de procédure: confidentialité, célérité, loyauté*, cit., 93, deriva dal dovere di lealtà che si impone alle parti del giudizio arbitrale. Comunque, già in precedenza, era stato riconosciuto che la partecipazione alla procedura arbitrale senza la deduzione di una «irregolarità» comportasse la rinuncia a far valere quest'ultima in sede di impugnazione, su cui rinviamo a: CADÏET, *La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale*, in *Revue de l'arbitrage*, 1996, 3 ss.; LOQUIN, *Arbitrage. La décision arbitrale*, cit., § 36; Cass., 6 luglio 2005, in *ivi*, 2005, 993 ss., con nota di PINSOLLE; Cass., 6 maggio 2009, in *ivi*, 2010, 299 ss., con nota di COHEN.

<sup>80</sup> Sul punto si vedano: BOCCAGNA, Art. 829, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, 1418, che parla di «clausola generale di sanatoria delle nullità verificatesi nel corso del procedimento»; MENCHINI, *Impugnazione del lodo «rituale»*, in questa *Rivista*, 2005, 848 ss., in part. 854; ZUCCONI GALLI FONSECA, Art. 829, in *Arbitrato*<sup>2</sup>, a cura di CARPI, cit., 712 ss.

<sup>81</sup> Su cui si vedano JARROSSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 37.

<sup>82</sup> Sul punto SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., 387, scrive che la richiamata innovazione «*permettra d'obtenir plus rapidement une sentence définitive*».



tratta di un'innovazione importante che sostituisce la regola anteriore, in base alla quale il termine breve di un mese per l'esercizio delle impugnazioni ordinarie decorreva dalla notificazione del lodo solo se dotato dell'*exequatur* (abrogato art. 1486, comma 2º)<sup>83</sup>. La riforma del 2011 non modifica, invece, la soluzione dell'inapplicabilità alle decisioni arbitrali del termine lungo per impugnare, previsto dall'art. 528-1 CPC per le sole decisioni statali<sup>84</sup>.

Quanto alle altre impugnazioni, il lodo interno è, inoltre, assoggettato al *recours en révision* (assimilabile all'italiana revocazione delle sentenze), in base al rinvio effettuato dall'art. 1502 ad alcuni degli articoli disciplinanti la *révision* delle sentenze statali<sup>85</sup>, ed è impugnabile con l'opposizione di terzo davanti al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito in mancanza della convenzione d'arbitrato (art. 1501); mentre viene esclusa la ricorribilità in cassazione e la proponibilità dell'*opposition* (art. 1503)<sup>86</sup>.

## 7. L'arbitrato internazionale

Per disciplinare l'arbitrato internazionale il decreto del 2011 ha scelto la tecnica del rinvio alle disposizioni dell'arbitrato interno: l'art. 1506 indica quali sono quegli articoli relativi all'arbitrato interno la cui applicazione viene estesa all'arbitrato internazionale, salve, in ogni caso, una diversa determinazione delle parti e la presenza di disposizioni specifiche al tipo

---

<sup>83</sup> In materia Cass., 15 febbraio 1995, in *Revue de l'arbitrage*, 1996, 223 ss., con nota di MOREAU, aveva specificato che «*le délai pour former appel contre une sentence arbitrale ne cesse à l'expiration du mois suivant la signification de la sentence que si cette sentence est revêtue de l'exequatur*».

<sup>84</sup> Si veda Cass., 18 ottobre 2001, in *Revue de l'arbitrage*, 2002, 157, con nota di PINSOLLE, la quale afferma che «*les dispositions de l'article 528-1 NCPC ne s'appliquent pas aux sentences arbitrales*». Per altri riferimenti rinviamo a BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 114 ss.

<sup>85</sup> Il *recours en révision* sarà deciso dagli stessi arbitri e, solo nel caso in cui il collegio arbitrale non possa essere ricostituito, dalla Corte d'appello, quest'ultima avendo in materia «*une compétence subsidiaire*» (PELLERIN, *La nouvelle articulation des recours en arbitrage interne*, cit., 186). Al contrario, secondo il diritto previgente, il *recours en révision* era deciso sempre dai giudici statali (su cui CLAY, *Le fabuleux régime du recours en révision contre les sentences arbitrales*, in *Mélanges Guinchard*, Paris, 2010, 651 ss.). Approva la scelta in materia di *recours en révision* SERAGLINI, *L'efficacità et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 36, secondo cui «*la solution semble bienvenue, dès lors qu'elle est conforme à la volonté initiale des parties de voir leur litige tranché par le Tribunal arbitral et qu'il est logique que ce recours soit porté devant celui qui a eu à connaître du litige, comme c'est le cas dans le droit commun du recours en révision*».

<sup>86</sup> L'esclusione dell'*opposition* di cui all'art. 571, che è un mezzo di impugnazione concesso alla parte contumace, è dovuta al fatto che nel giudizio arbitrale non si ha la contumacia (LOQUIN, *Arbitrage. La décision arbitrale*, cit., § 9 ss., cui si rinvia anche per le ragioni dell'inammissibilità del ricorso per cassazione).



internazionale<sup>87</sup>. In pratica, si tratta di un rinvio «selettivo» che, tuttavia, secondo alcuni autori, non è in grado di escludere l'applicazione all'arbitrato internazionale anche di altri articoli del titolo I, pur se non espressamente richiamati dall'art. 1506<sup>88</sup>.

Subito dopo la definizione di arbitrato internazionale, contenuta nell'art. 1504 (su cui vedi *retro* n. 1), viene disciplinato dall'art. 1505 il «*juge d'appui de la procédure arbitrale*», i cui poteri vengono ricalcati sull'analogo giudice in materia di arbitrato interno<sup>89</sup>, che per tutti gli arbitrati internazionali - indipendentemente dal luogo della loro sede e svolgimento - è il presidente del *tribunal de grande instance* di Parigi<sup>90</sup>, la cui competenza resta, pur sempre, derogabile, potendo le parti indicare come *juge d'appui* un altro giudice francese o straniero<sup>91</sup>. Tra i quattro i criteri di competenza del *juge d'appui*, indicati dall'art. 1505, quelli di cui ai nn. 1 e

---

<sup>87</sup> L'art. 1506 rende applicabili all'arbitrato internazionale i seguenti articoli: 1446,1447,1448 (commi 1° e 2°) e 1449, relativi alla convenzione d'arbitrato; da 1452 à 1458 et 1460, relativi alla costituzione del collegio arbitrale e alla procedura che si svolge davanti al *juge d'appui*; 1462, 1463 (comma 2°), 1464 (comma 3°), da 1465 a 1470 e 1472 relativi al procedimento arbitrale; 1479, 1481, 1482, 1484 (commi 1° e 2°), 1485 (commi 1° e 2°) e 1486 relativi alla sentenza arbitrale; 1502 (commi 1° e 2°) e 1503 relativi ai mezzi d'impugnazione, diversi dall'appello e dal *recours en annulation*. I riformatori hanno, quindi, deciso di scartare l'ipotesi (contemplata nel citato progetto di riforma elaborato dal *Comité de français de l'arbitrage*) di riprendere per esteso la formulazione degli articoli contenuti nel titolo I per riportarla nel titolo II, su cui si vedano le considerazioni di KLEIMAN - SPINELLI, *La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité*. À propos du décret du 13 janvier 2011, cit., § 9.

<sup>88</sup> In questo senso si vedano: JARROSSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 60; BOLLEE, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 8.

<sup>89</sup> La formula «*juge d'appui de la procédure arbitrale*» è stata criticata da CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, cit., 334 ss., in quanto «*elle semble faire une différence entre le juge d'appui interne et le juge d'appui international, alors que c'est tout le contraire*».

<sup>90</sup> La previsione di questa competenza accentrata nel TGI parigino, voluta dai riformatori del 2011, viene spiegata da CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, cit., 336, in base ad un fattore quantitativo (la maggior parte degli arbitrati internazionali svolgendosi a Parigi) e di specializzazione («*le président du TGI de Paris a développé au long des années une compétence incontestable et précieuse*»). Sul punto si vedano: GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 532, secondo cui questo accentramento di competenza conferisce alle parti «*la certitude que le juge d'appui aura une parfaite connaissance de l'arbitrage*»; MOURRE - AMEZAGA, *La competencia del juez de apoyo francés, en particular en caso de denegación de justicia. El nuevo art. 1505 del Código Procesal Civil*, in *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 11, 95 ss., in part. 96, i quali scrivono che siffatto accentramento di competenza del *juge d'appui* «*favorece la coherencia de las soluciones adoptadas*».

<sup>91</sup> Per questa prospettiva CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, cit., 337, il quale deduce la possibilità di indicare un giudice straniero come «*juge d'appui*» per un arbitrato internazionale con sede in Francia dalla previsione della competenza del TGI di Parigi per gli arbitrati internazionali con sede all'estero. Considerano il criterio di competenza, indicato dall'art. 1505, come suppletivo della volontà delle parti MOURRE - AMEZAGA, *La competencia del juez de apoyo francés, en particular en caso de denegación de justicia. El nuevo art. 1505 del Código Procesal Civil*, cit., 96.



2 riprendono quanto stabiliva il previgente art. 1493<sup>92</sup> ed «esprimono un punto di vista del tutto tradizionale», mentre gli altri due costituiscono una «(parziale) novità»<sup>93</sup>: nel n. 3 il *juge d'appui* deriva la sua competenza in forza della scelta delle parti (di un arbitrato straniero) di affidare agli «organi giudiziari statali francesi» il potere di «conoscere delle controversie relative alla procedura arbitrale»<sup>94</sup>; nel n. 4, infine, sulla scia del celebre *arrêt Nioc* della Corte di cassazione<sup>95</sup>, la competenza del giudice francese è fondata sul «rischio di un diniego di giustizia», che corre una delle parti<sup>96</sup>. Perfettamente in linea con la concezione universalistica dell'arbitrato internazionale, propria del sistema francese<sup>97</sup>, tale «competenza sussidiaria universale» del giudice francese per diniego di giustizia tende a garantire la costituzione di un collegio arbitrale in ipotesi eccezionali, quali una guerra civile o delle ostilità fondate sulla nazionalità, nonché a salvare le convenzioni d'arbitrato «patologiche», prive dell'indicazione

---

<sup>92</sup> I nn. 1 e 2 dell'art. 1505 prevedono rispettivamente l'intervento del *juge d'appui* per: gli arbitrati internazionali la cui sede è in Francia; gli arbitrati internazionali rispetto ai quali le parti hanno scelto l'applicabilità della legge processuale francese.

<sup>93</sup> Così BRIGUGLIO, *Funzioni giudiziali ausiliarie e di controllo ed arbitrato estero*, in questa *Rivista*, 2011, 573 ss., in part. 605-606.

<sup>94</sup> Sul punto si veda BRIGUGLIO, *Funzioni giudiziali ausiliarie e di controllo ed arbitrato estero*, cit., 606-607, il quale, nel considerare «irrealistico» lo scenario descritto dalla fattispecie di cui al n. 3 dell'art. 1505, specifica che, rispetto al giudice dello Stato in cui ha sede l'arbitrato, la designazione effettuata, in tal caso, dal giudice francese non varrà come atto giurisdizionale, dovendo essere valutata «alla stregua di attività di *appointing authority* convenzionalmente prescelta»; all'A. si rinvia anche per l'analisi dei casi in cui il giudice francese abbia adottato un provvedimento di rimozione dell'arbitro e provvedimenti di altro genere. Anche BOLLÉE, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 7, afferma che le concrete applicazioni della fattispecie di cui al n. 3 dell'art. 1505 «*seront sans doute peu nombreuses*».

<sup>95</sup> Si tratta, in particolare, di Cass., 1° febbraio 2005, in *Revue de l'arbitrage*, 2005, 693 ss., con nota di MUIR WATT, e in *Revue critique de droit international privé*, 2006, 140, con nota di CLAY, secondo la quale «*l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance de Paris, dans la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France*»; sentenza con la quale la Suprema Corte ha rigettato l'impugnazione proposta nei confronti di App. Paris, 29 marzo 2001, in questa *Rivista*, 2002, 95 ss., nonché 25 ss., per le osservazioni di MOURRE, *Diritto di accesso alla giustizia ed ordine pubblico internazionale: spunti di riflessione sul forum necessitatis in materia arbitrale*. Sul tema del diniego di giustizia si rinvia anche a: TRAIN, *Déni de justice et arbitrage international*, in *Les cahiers de l'arbitrage*, III, a cura di MOURRE, cit., 66 ss.; MOURRE - VAGENHEIM, *Some comments on denial justice public and private international law after Lowen and Saipem*, in *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, 2010, 843 ss.

<sup>96</sup> Tale criterio di cui al n. 4 dell'art. 1505 è considerato da GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 532, come «più originale» rispetto a quelli «classici» contenuti nei nn. 1, 2 e 3.

<sup>97</sup> Così ancora CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, cit., 343, e CHEVALIER, *Le nouveau juge d'appui*, cit., 159, che parla di una «dimensione universale» del *juge d'appui*.



dell'istituzione arbitrale, della legge e della sede dell'arbitrato<sup>98</sup>. Da sottolineare che, contrariamente a quanto deciso dalla citata giurisprudenza *Nioc*, i riformatori del 2011 non hanno subordinato la competenza del *juge d'appui* alla presenza di un collegamento, pur tenue, tra l'arbitrato e l'ordinamento francese e hanno ampliato il potere di intervento del giudice francese anche in relazione ad altre vicende relative agli arbitri (oltre quelle sulla loro nomina), quali la loro sostituzione, ricusazione e revoca<sup>99</sup>. Il descritto criterio basato sul rischio del diniego di giustizia ha sollevato delle perplessità in una parte della dottrina<sup>100</sup>.

Le regole specificamente dettate per l'arbitrato internazionale sono il frutto di un «*extreme libéralisme*»<sup>101</sup> e sono state elaborate con l'intento di ampliare la sfera di sovranità della volontà delle parti. In questa direzione, l'art. 1507 (contenuto nel primo capitolo del titolo II) sottrae la convenzione d'arbitrato in materia internazionale ad ogni requisito attinente alla forma, l'unica esigenza richiesta sul punto è quella della prova della inequivoca volontà compromissoria delle parti<sup>102</sup>. Nella stessa prospettiva, si permette alle istituzioni arbitrali di assumere direttamente il ruolo di arbitri e si ammette la possibilità che un collegio arbitrale sia

---

<sup>98</sup> In questo senso GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 533. Sul carattere residuale del criterio di intervento del *juge d'appui* fondato sul diniego di giustizia si veda anche CHEVALIER, *Le nouveau juge d'appui*, cit., 160.

<sup>99</sup> Aspetto sottolineato da BRIGUGLIO, *Funzioni giudiziali ausiliarie e di controllo ed arbitrato estero*, 609; e da MOURRE - AMEZAGA, *La competencia del juez de apoyo francés, en particular en caso de denegación de justicia. El nuevo art. 1505 del Código Procesal Civil*, cit., 106.

<sup>100</sup> Per un'analisi critica del criterio di cui al n. 4 dell'art. 1505 si rinvia a BRIGUGLIO, *Funzioni giudiziali ausiliarie e di controllo ed arbitrato estero*, cit., 610-611, il quale, rispetto alle scelte legislative unilaterali sulle «funzioni giudiziali ausiliarie» in materia di arbitrato, propone di introdurre: «una convenzione sull'arbitrato almeno in ambito europeo»; «una convenzione di diritto uniforme dell'arbitrato, non necessariamente esaustiva quanto alla disciplina innanzi agli arbitri (...)».

<sup>101</sup> Così GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 307; GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 530.

<sup>102</sup> La finalità dell'art. 1507 non è quella di ammettere la stipulazione di convenzioni d'arbitrato puramente verbali, ma quella di rendere più agevole l'ammissibilità delle convenzioni stipulate *per relationem*. In questo senso GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 310, scrivono che «*cette manifestation de libéralisme accru à l'égard de l'arbitrage international ne signifie pas, comme une vision caricaturale pourrait le laisser penser, que le droit français s'est découvert une passion pour les conventions d'arbitrage qui résulteraient d'un échange de consentement purement oral donné entre deux entités étrangères l'une à l'autre et sans relations préalables, dans des circonstances de fait qui font de l'exemple une hypothèse d'école*»; nonché JARROSSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 64.



composto da un numero pari di arbitri (contrariamente a quanto previsto in materia interna)<sup>103</sup>; mentre le esigenze di indipendenza e imparzialità sono inderogabili, trattandosi di requisiti appartenenti all'ordine pubblico internazionale<sup>104</sup>.

Quanto alle disposizioni contenute nel capitolo II relativo al procedimento arbitrale e alla decisione, viene stabilito che le regole procedurali possono essere determinate dalle parti nella convenzione d'arbitrato, direttamente o attraverso il richiamo ad un regolamento di un'istituzione arbitrale; in mancanza spetterà agli arbitri regolare il procedimento (art. 1509, commi 1º e 2º). In ogni caso, l'art. 1510 esige sempre il rispetto del principio della parità dei poteri e doveri delle parti e di quello del contraddittorio. Nessun termine per la decisione viene indicato dalla legge: solo le parti potranno stabilire il termine entro il quale gli arbitri devono emanare il lodo<sup>105</sup>.

Un'importante innovazione è contenuta nell'art. 1513, comma 3º, in cui si conferisce al presidente del collegio arbitrale il potere di decidere da solo, qualora all'interno del collegio non si formi una maggioranza; in tal caso, se gli altri arbitri si rifiutano di sottoscrivere il lodo, quest'ultimo viene sottoscritto dal solo presidente, facendone menzione nell'atto<sup>106</sup>. Si tratta di una regola (derogabile dalle parti) pensata specificatamente in relazione all'arbitrato internazionale, in ragione delle possibili diverse culture degli arbitri, che comporta una deroga al principio di collegialità e di uguaglianza tra arbitri, affidando al presidente del collegio dei

---

<sup>103</sup> Come ricordato da GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 543, il fatto che l'indicazione di un numero pari di arbitri e l'attribuzione dell'incarico di arbitro ad un'istituzione arbitrale siano delle scelte poco opportune, non vuol dire che vadano proibite «*de manière autoritaire*».

<sup>104</sup> Così GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 316.

<sup>105</sup> Così JARROSSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 65; BOLLEE, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 15.

<sup>106</sup> Per elucidare la nuova regola che permette al presidente del collegio arbitrale di decidere autonomamente richiamiamo quanto scritto al proposito da JARROSSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 67, secondo i quali: «*On sait cependant qu'il peut arriver qu'aucune majorité ne se dégage au sein du tribunal arbitral: deux coarbitres pouvant avoir une position inconciliable et le troisième n'étant d'accord avec aucune d'entre elles. Dès lors, soit le président doit rejoindre la position qu'il estime être la moins mauvaise, soit statuer seul*». Sul punto MAYER, *Rapport de synthèse*, in AA.VV., *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, a cura di CLAY, 219 ss., in part. 226, si duole del fatto che il presidente di un arbitrato interno non abbia gli stessi poteri che gli spettano nell'ambito dell'arbitrato internazionale, in quanto i contrasti tra i componenti di un collegio arbitrale si pongono allo stesso modo nei due tipi di arbitrati.



poteri rinforzati, per evitare di scegliere una delle soluzioni proposte dagli altri componenti<sup>107</sup>. Non indicando la legge i presupposti per l'applicazione dell'art. 1513, comma 3º, si ritiene che il presidente possa adottare questa decisione autonoma e «solitaria», nell'ipotesi in cui gli altri arbitri abbiano assunto un atteggiamento «esageratamente sensibile agli interessi» di colui che li ha designati<sup>108</sup>.

Il capitolo III contiene la disciplina (uniforme) per «il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali emanate all'estero e di quelle in materia di arbitrato internazionale»<sup>109</sup>. A questi fini, l'art. 1514 dispone che la parte che intende avvalersi di un lodo internazionale o straniero deve provare la sua esistenza e la non manifesta contrarietà all'ordine pubblico internazionale<sup>110</sup>. Il procedimento per ottenere l'*exequatur* di un lodo internazionale o straniero (artt. 1516 e 1517) è sostanzialmente assimilabile a quello dettato per il lodo interno. Una novità in materia è quella relativa all'accentramento in capo al presidente del *tribunal de grande instance* di Parigi della competenza a concedere l'*exequatur* per tutti i lodi stranieri<sup>111</sup>.

Rilevanti le modifiche in materia di impugnazione contenute nel capitolo IV del titolo II, al cui interno troviamo una prima sezione relativa al lodo internazionale emanato in Francia ed

---

<sup>107</sup> Così RACINE, *Le nouvel arbitre*, cit., 135.

<sup>108</sup> In questo senso BOLLEÉ, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 18. Secondo RACINE, *Le nouvel arbitre*, cit., 135, il potere di cui all'art. 1513, comma 3º, permette al presidente di superare «le comportement potentiellement partisan de chacun des coarbitres».

<sup>109</sup> Si ricorda, inoltre, che Cass., 17 ottobre 2000, in *Revue de l'arbitrage*, 2000, 648, con nota di MAYER, ha avuto modo di specificare che la distinzione tra lodo interno e lodo internazionale è irrilevante quando si tratta di un arbitrato straniero. Da sottolineare anche che l'uso della formula (già utilizzata dalla prima riforma del 1981) «*sentence rendue à l'étranger*» anziché di quella «*sentence arbitrale étrangère*» deriva dall'idea di lasciare in ombra, nei limiti del possibile, la distinzione fondata sulla nazionalità, poiché la sentenza arbitrale «*par définition, échappe à tout ordre juridique, qui n'est rendue au nom d'aucune souveraineté et dont les éléments d'extranéité varient à des degrés différents*» (così PERROT, *Sur la réforme de l'arbitrage international*, in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1981-1982, Paris, 1985, 53 ss., in part. 60-61).

<sup>110</sup> Per alleggerire le formalità per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione dell'atto, l'art. 1515, comma 1º, permette di depositare una copia della convenzione d'arbitrato o della sentenza internazionale o straniera. Nella medesima direzione, l'art. 1515, comma 2º, concede la possibilità di depositare una traduzione non giurata, ossia non compiuta da un traduttore specializzato, delle sentenze redatte in una lingua diversa dal francese.

<sup>111</sup> Sul punto SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., 379, scrive che «*cette concentration de compétence dans les mains d'un juge dédié à cette tâche ne peut que favoriser l'exequatur des sentences arbitrales*».



una seconda sezione relativa al lodo emanato all'estero; cui segue una terza sezione, dedicata ad entrambi i tipi di lodo<sup>112</sup>.

Nel ribadire che l'unico mezzo di impugnazione ordinario proponibile nei confronti del lodo internazionale è quello del *recours en annulation* (art. 1518), la riforma del 2011 introduce la possibilità di rinunciare preventivamente «con una convenzione speciale e in ogni momento» (art. 1522, comma 1<sup>o</sup>), indipendentemente dall'assenza di legami delle parti (quali la residenza, il domicilio o la sede) con l'ordinamento francese<sup>113</sup>. Data la gravità di una scelta di questo tipo, si richiede una manifestazione di volontà specifica («una convenzione speciale», come indicante dal citato art. 1522, comma 1<sup>o</sup>) avente direttamente ad oggetto la rinuncia al *recours en annulation*, non essendo sufficiente ricorrere a delle formule generali<sup>114</sup>. In ogni

---

<sup>112</sup> A differenza della scelta effettuata dal decreto del 1981, quello del 2011 ha preferito distinguere il regime d'impugnazione della sentenza in materia di arbitrato internazionale dai mezzi esperibili nei confronti del provvedimento di *exequatur* di una sentenza arbitrale straniera. Sul punto si vedano le considerazioni di ORTSCHIEDT - SERAGLINI, *La nouvelle articulation des recours en arbitrage international*, in AA.VV., *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, a cura di CLAY, 189 ss.

<sup>113</sup> Da sottolineare che l'art. 1522 non subordina la validità della rinuncia preventiva al *recours en annulation* della sentenza arbitrale internazionale a nessuna condizione relativa alla posizione delle parti, a differenza di quanto previsto da altri sistemi che ammettono la rinunciabilità all'impugnazione per nullità solo se le parti non presentano dei legami (residenza, domicilio o sede) con lo Stato della sede dell'arbitrato, come: l'art. 192 della Legge svizzera di diritto internazionale privato; l'art. 1717, comma 4<sup>o</sup>, del *Code judiciaire* belga; l'art. 51 della legge svedese sull'arbitrato del 4 marzo 1999, (per maggiori ragguagli sui citati articoli si veda POUURET - BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage commercial international*, cit., 826 ss.). Sull'art. 1522 CPC francese si vedano: JARROSSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 70-71; SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., 392 ss., il quale, pur riconoscendo che si tratta di una soluzione «*en phase avec la vision délocalisée de l'arbitrage international qui est celle du droit français*», si pone, tuttavia, in senso critico circa le modalità e le conseguenze della descritta possibilità di rinuncia al *recours en annulation*; difficoltà che «*sont largement liées au fait que la renonciation au recours en annulation n'est pas réservée au cas où les deux parties sont étrangères ou domiciliées à l'étranger, et peut donc concerner des parties françaises ou domiciliées en France*» (396); CREMADES A.C., *El dualismo del nuevo derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización*, cit., 51, che considera la possibilità della rinuncia all'impugnazione per nullità come «*la consecuencia última de la deslocalización del arbitraje*»; apprezzano la novità in discorso MONTERO F.J. - BEDOYA, *La renuncia a la acción de anulación en la nueva ley de arbitraje francesa*, in *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 11, 145 ss., in part. 147, secondo cui «*el régimen en francés goza de mayor coherencia que el belga o el suizo, permitiendo la posibilidad de renunciar a la acción de anulación incluso si hay partes francesas implicadas, siempre y cuando el arbitraje tenga la consideración de internacional, mostrando una mayor confianza en el sistema*». Da ricordare che FOUCHARD, *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine*, in *Revue de l'arbitrage*, 1997, 329 ss., in part. 351, aveva proposto di sopprimere ogni tipo di controllo del lodo internazionale ad opera dei giudici dello Stato della sede dell'arbitrato.

<sup>114</sup> In questo senso GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 539, cui si rinvia anche per altre questioni; analogamente BOLLÉE, *Le droit français de l'arbitrage international après le*



caso, per conferire uno strumento di difesa alla parte che ha preventivamente rinunciato al *recours en annulation*, il comma 2° dell'art. 1522 rende appellabile l'ordinanza d'*exequatur* relativa al lodo internazionale, per uno dei motivi per i quali questa può essere annullata<sup>115</sup>. La Corte d'appello competente a conoscere del *recours en annulation* è quella del luogo in cui il lodo internazionale è stato pronunciato, impugnazione che deve essere proposta nel termine di un mese dalla notificazione dell'atto<sup>116</sup>. I casi di annullamento del lodo restano sostanzialmente invariati (art. 1520) rispetto a quanto stabilito dalle previgenti disposizioni<sup>117</sup>. Quanto alle impugnazioni straordinarie del lodo internazionale, viene esclusa l'opposizione di terzo<sup>118</sup>, mentre si ammette il *recours en revision* che può essere proposto solo al collegio arbitrale e non anche alla Corte d'appello: l'art. 1506 si limita, infatti, a richiamare unicamente il primo e il secondo comma dell'art. 1502, da cui la conseguente inapplicabilità del terzo comma<sup>119</sup>.

---

*décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 26, afferma che le parti devono prevedere in modo specifico che rinunciano al *recours en annulation*.

<sup>115</sup> Nel citato *Rapport au Premier ministre* del decreto n. 2011-48 si esplicita che la disposizione di cui all'art. 1522, comma 2°, tende a preservare «*le droit des parties à un recours effectif*». Per SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., 394 ss., siamo in presenza di un nuovo mezzo di impugnazione, quello dell'«*appel de l'ordonnance d'exequatur d'une sentence rendue en France*».

<sup>116</sup> Così dispone l'art. 1519 che contiene regole analoghe a quelle previste in materia di arbitrato interno, alle quali, pertanto, rinviamo.

<sup>117</sup> Tuttavia, GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 536-537, ritiene che sia possibile «*placer très haut la barre de la violation de l'ordre public international*», non avendo il legislatore del 2011 inserito nell'art. 1520 CPC il carattere flagrante, effettivo e concreto della violazione dell'ordine pubblico, richiesto, invece, da una parte della giurisprudenza (App. Paris, 18 novembre 2004, in *Journal de droit international*, 2005, 357 ss., con nota di MOURRE).

<sup>118</sup> Sull'inammissibilità dell'opposizione di terzo nei confronti di una sentenza arbitrale internazionale si veda, nel diritto previgente, Cass., 8 ottobre 2009, in *La semaine juridique*, 2010, n. 644, § 7, con il commento favorevole di ORTCHÉIDT. Ma in senso critico si veda BOLLEE, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 27, il quale scrive che l'esclusione dell'opposizione di terzo nei confronti del lodo internazionale «*reste discutable, et ses dangers se trouvent démultipliés par la jurisprudence récente relative à l'opposabilité de la sentence [arbitrale] aux tiers*». Giova ricordare che in Italia, l'abrogato art. 838, nella parte in cui subordinava l'ammissibilità dell'opposizione di terzo nei confronti di un lodo internazionale ad un apposito accordo delle parti, aveva suscitato le perplessità di alcuni autori (BRIGUGLIO, in BRIGUGLIO - FAZZALARI - MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 260; FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 121; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, II, 319-320).

<sup>119</sup> Sul punto GAILLARD - DE LAPASSE, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, cit., 187, approvano la scelta del legislatore del 2011, ritenendo inopportuno l'intervento dei giudici statali per procedere alla *révision* del lodo internazionale. Per garantire, in ogni caso, la revocabilità di un lodo internazionale anche nell'ipotesi in cui il collegio arbitrale non possa essere ricostituito SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 37, propone di interpretare



Rispetto al lodo straniero, nessun mezzo d'impugnazione è direttamente esperibile nei suoi confronti, potendo la parte interessata impugnare solo la decisione relativa all'istanza di riconoscimento o di *exequatur*, sia essa di rigetto o di accoglimento (art. 1525). I motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione di un lodo straniero coincidono con quelli del *recours en annulation* del lodo internazionale (l'art. 1525, comma 4<sup>o</sup>, richiama, al proposito, l'art. 1520) al cui interno non viene menzionata, come anche accadeva nel diritto previgente, l'ipotesi dell'annullamento della decisione arbitrale nel suo paese d'origine. Sul punto, come espressamente enunciato nel citato *Rapport au Premier Ministre* al decreto del 2011 in esame, i riformatori hanno voluto confermare la soluzione della giurisprudenza *Putrabali*, secondo cui la sentenza arbitrale è una «decisione di giustizia internazionale che non è collegata a nessun ordinamento giuridico statale (...), la cui regolarità è valutata secondo le regole applicabili nel paese in cui se ne chiede il riconoscimento e l'esecuzione», indipendentemente dall'annullamento pronunciato nello Stato sede dell'arbitrato<sup>120</sup>.

Da segnalare, infine, che - ribaltando quanto disposto dal regime previgente - il nuovo art. 1526 elimina il carattere sospensivo del *recours en annulation* e dell'appello (proposto nei confronti dell'ordinanza che concede l'*exequatur* ad un lodo straniero)<sup>121</sup>: una volta omologati, il lodo internazionale e quello straniero sono, quindi, provvisoriamente esecutivi, ma la Corte d'appello può sospenderne l'esecuzione, se quest'ultima rischia di creare un grave pregiudizio ad una delle parti (art. 1526, comma 2<sup>o</sup>).

---

l'art. 1502, comma 2<sup>o</sup>, nel modo seguente: «*devant le Tribunal arbitral antérieur ou, à défaut pour celui-ci de pouvoir être reconstitué, devant un nouveau tribunal arbitral*».

<sup>120</sup> Si tratta di Cass., 29 giugno 2007 (*arrêt Putrabali*), in *Revue de l'arbitrage*, 2007, 507 ss., con nota di GAILLARD e, se si vuole, in *Int'l Lis*, 2009, 23 ss., con nota di BONATO, *La Corte di cassazione francese conferma la possibilità di accordare l'exequatur ad un lodo straniero annullato nel paese di provenienza*. Sul tema si vedano: BRIGUGLIO, *Mito e realtà nella denazionalizzazione dell'arbitrato privato*, in questa *Rivista*, 1998, 453 ss.; ID., *L'arbitrato estero*, Padova, 1999, 50 ss.; BIAVATI, *Arbitrato internazionale*, cit., 469; GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Paris, 2008, *passim*; MOURRE, *À propos des articles V et VII de la convention de New York et de la reconnaissance des sentences annulées dans leur pays d'origine: où va-t-on après les arrêts Termo Rio et Putrabali?*, in *Revue de l'arbitrage*, 2008, 263 ss.; BORGHESI, *La riconoscibilità dei lodi esteri annullati nel paese d'origine*, in AA.VV., *Arbitrato, ADR conciliazione*, a cura di Rubino Sammartano, Bologna, 2009, 1097 ss.

<sup>121</sup> GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 529, ricorda che si tratta di una modificazione tendente a «*renforcer l'efficacité de la sentence*». Secondo SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., 381, l'innovazione in discorso sarebbe una delle più importanti tra quelle relative all'arbitrato internazionale.



## 8. Osservazioni conclusive

L'ultima riforma francese qui esaminata, che - contrariamente a quanto accaduto in Italia per la riforma del 2006<sup>122</sup> - ha ricevuto il plauso unanime della dottrina<sup>123</sup>, si pone perfettamente nel solco della concezione universalista e autonoma dell'arbitrato internazionale<sup>124</sup> - coerente con la sua natura privata<sup>125</sup> - come si può, in particolare, desumere dalla possibilità di intervento del *juge d'appui* per porre rimedio al diniego di giustizia che rischia di subire una delle parti (art. 1505, n. 4<sup>o</sup>) e dall'assenza all'interno dei motivi ostativi al

---

<sup>122</sup> In senso critico rispetto alle scelte della riforma del 2006 in riferimento agli aspetti internazionalistici dell'arbitrato, si pongono, tra gli altri: BERNARDINI, *L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006*, cit., 483-484; RADICATI DI BROZOLO, *Requiem pour le régime dualiste de l'arbitrage? Réflexions après la réforme de 2006 en Italie*, cit., 229 ss.; CONSOLO, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 603 ss. e 955 ss.; BENEDETTELLI - RADICATI DI BROZOLO, *L'Italia e l'arbitrato internazionale*, in *Corr. giur.*, 2011, 136 ss., in part. 141. Mentre in senso favorevole, seppur con alcune riserve, sono: E.F. RICCI, *La longue marche vers l'«internationalisation» du droit italien de l'arbitrage*, cit., 191 ss.; BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, cit., 680.

<sup>123</sup> Lo notano anche BEGUIN - ORTSCHIEDT - SERAGLINI, *Droit de l'arbitrage. Chronique*, in *La semaine juridique*, 2011, n. 1432, che parlano di commenti numerosi «*globalement approuvés et même laudatifs*» del decreto del 13 gennaio 2011. A questo proposito, richiamiamo, tra gli altri, quanto scritto da: MAYER, *Rapport de synthèse*, cit., 229, secondo cui il nuovo decreto «*constitue indéniablement un très grand progrès. Il est plus clair et plus lisible. Il est admirablement rédigé et il est plus moderne*»; KAPLAN - MOURRE, *Editorial*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage - The Paris Journal of International Arbitration*, 2011, 257-258, secondo cui «*il n'est sans doute pas exagéré de dire que le décret du 13 janvier 2011 fait du droit français un des plus modernes et plus favorables à l'arbitrage au monde*»; CLAY, *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, cit., 3023, che parla di un testo di legge di una «*très grande qualité rédactionnelle*». Ugualmente in senso favorevole, anche se in modo più misurato, si vedano: BOLLEÉ, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., 553, secondo cui «*le sentiment dominant est positif: le nouveau droit français de l'arbitrage international, d'accès plus aisé, apparaît aussi plus complet, plus simple et globalement plus efficace*»; SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 38, il quale considera l'ultima riforma «*globalement excellent. Ceci étant, nul ouvrage n'est parfait et tout ouvrage nouveau pose des questions. Mais on peut faire confiance à la jurisprudence française, qui a fait ses preuves en la matière, pour apporter les éclaircissements et réponses qui permettront de maintenir et même de renforcer la place de la France en matière d'arbitrage*».

<sup>124</sup> Su cui, tra gli altri, si veda RACINE, *Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage international*, in *Revue de l'arbitrage*, 2005, 305 ss.

<sup>125</sup> Come ricordato da GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., § 6, l'arbitrato costituisce un «*processus qui demeure, avant l'exécution forcée, purement privé*».



riconoscimento e all'esecuzione di un lodo straniero dell'ipotesi del suo annullamento nel paese d'origine<sup>126</sup>.

La riforma del 2011 costruisce, quindi, l'istituto come una forma di «*justice à part entière sur le modèle de la justice internationale*»<sup>127</sup> e, probabilmente, permetterà alla Francia di conservare quel ruolo centrale nel panorama mondiale dell'arbitrato<sup>128</sup>, che, purtroppo, ancora oggi l'Italia stenta ad acquisire<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> Così ANCEL M.E., *Le nouveau droit français de l'arbitrage: le meilleur de soi-même*, cit., § 4. Sull'argomento GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 268 e 329, scrivono che «*le décret de 2011 est tout entier fondé sur la vision de l'arbitrage qui reconnaît à ce mode de règlement des différends la consistance d'un véritable ordre juridique et à l'arbitre le statut d'un juge international*».

<sup>127</sup> Così GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 525. Nello stesso citato *Rapport au Premier ministre* viene fatta espressamente menzione della «*existence d'un ordre juridique autonome en matière d'arbitrage international*».

<sup>128</sup> Tra le finalità della riforma del 2011 c'è anche quella di promuovere la Francia, in generale, e la città di Parigi, in particolare, come sede di arbitrati internazionali, come riconosciuto da: BOLLÉE, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 1; BETTO-LÓPEZ ORTIZ, *Francia apuesta por seguir liderando la práctica del arbitraje internacional*, in *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 11, 4; CREMADES B., *Francia pone a punto su normativa sobre arbitraje internacional*, in *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 11, 139 ss. Sul riconoscimento della centralità del diritto francese dell'arbitrato nel panorama internazionale si vedano, tra gli altri: VIGORITI, *Verso un diritto comune dell'arbitrato*, in *Foro it.*, 1994, V, 210 ss., in part. 213; GAILLARD, *Note sous App. Paris, 31 mars 2005*, in *Revue de l'arbitrage*, 2006, 666 ss., spec. 672, che parla del «*rôle moteur qu'a toujours joué le droit français en matière d'arbitrage international*», nonché della «*influence qui continue d'être la sienne dans le monde*».

<sup>129</sup> Per questa amara constatazione si vedano BENEDETTELLI - RADICATI DI BROZOLO, *L'Italia e l'arbitrato internazionale*, cit., 141, cui si rinvia per l'analisi dei fattori a causa dei quali, nella prassi, «*raramente l'Italia è designata come sede di arbitrati internazionali*».



## Foreign Country Judgments and the Res Judicata Puzzle: Whose Preclusion Law Should U.S. Courts Apply?

***L. Rachel Lerman and Peter Morris***

Partners in the Los Angeles office of Barnes & Thornburg LLP, U.S.A

**Keywords:** Preclusion; Res judicata; Erie; Interjurisdictional conflicts.

**Abstract:** With the rise in global transactions, U.S. courts are often asked to decide what effect to give foreign judgments that involve related claims or issues. In the absence of a uniform rule, U.S. courts reach a variety of results, sometimes applying federal rules of res judicata (including claim preclusion and issue preclusion), sometimes applying state rules or state choice-of-law, and occasionally applying foreign rules of preclusion. The decision is complicated by doctrines peculiar to American law, including constitutional and statutory requirements of full faith and credit and “Erie” deference owed by federal courts to state court law. Neither comity nor statutes enacting a version of the Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act answer the question whose res judicata law to apply. Scholars have proposed a variety of approaches, including extension of full faith and credit to foreign judgments, abolition of Erie in the context of cases involving foreign parties or jurisdictions, and blanket application of federal law. As practitioners who deal with private international law cases, we recommend that U.S. courts apply U.S. law: federal law to cases involving federal questions, and state law in cases involving state law claims and diversity of citizenship. Our approach would simplify the process, avoid conflicts that arise when courts try to apply multiple doctrines, stave off expense and uncertainty that result when U.S. courts are asked to apply foreign laws of res judicata, and allow practitioners to anticipate results to a much greater degree than is now possible.



## I. Introduction.

American legal scholars have long-recognized and lamented the lack of guidance or authority governing the question “whose” *res judicata* law federal courts should apply to determine the effect of foreign country judgments.<sup>1</sup> Neither the doctrine of comity nor the Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act (the “Recognition Act”) (adopted by nineteen American states and the District of Columbia to date) answers the question. The problem is complicated by the interplay of doctrines peculiar to American law, including the “full faith and credit” afforded the judgments of other state (and usually federal) courts and the *Erie* rule<sup>2</sup> that requires federal courts ruling on state law claims to apply the substantive laws – including *res judicata* and choice-of-law – adhered to by the state in which they sit.<sup>3</sup>

Courts in the U.S. generally apply one or more of the above-listed doctrines to justify the application of foreign, federal, or state laws of preclusion. Many courts simply apply state or federal preclusion laws without explaining why, or in deference to the parties’ agreement, express or tacit. Uncertainty has led to inconsistencies not only among federal Courts of Appeals in different circuits, but among state and federal courts within the same circuit. As a result, practitioners cannot predict how a given court will give effect to a related foreign judgment, and can offer their clients little guidance how to respond to lawsuits abroad. Whether to bring some or all of a client’s counterclaims depends on whether the client has filed or plans to file suit in the U.S.; if the foreign suit is decided first, the U.S. court may or may not decide that the foreign judgment is *res judicata* as to claims brought in the U.S.

---

<sup>1</sup> *Res judicata* refers to both claim preclusion and issue preclusion (also known as collateral estoppel). See *Taylor v. Sturgell*, 553 U.S. 880, 892, 128 S. Ct. 2161, 2171, 171 L. Ed. 2d 155 (2008) (explaining that “[t]hese terms have replaced a more confusing lexicon. Claim preclusion describes the rules formerly known as “merger” and “bar,” while issue preclusion encompasses the doctrines once known as “collateral estoppel” and “direct estoppel.”) (citation omitted). Our paper deals primarily with the principle of claim preclusion.

<sup>2</sup> *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).

<sup>3</sup> We note that European scholars, courts, and attorneys are grappling with similar issues in applying the Brussels Regulation to the judgments of fellow member-states. See, e.g., Andrew Dickinson, Ideas Paper, “The Effect in the European Community of Judgments in Civil and Commercial Matters: Recognition, *Res Judicata* and Abuse of Process” (28 March 2007), available at: [http://www.biicl.org/files/2976\\_discussion\\_paper.pdf](http://www.biicl.org/files/2976_discussion_paper.pdf), discussing the contrasting views of European authorities; and discussion in <http://conflictoflaws.net/2012/ecj-rules-on-res-judicata-of-judgments-declining-jurisdiction/>. We express no view as to the rules to be followed in the European Union.



The significance of the problem has unquestionably increased with the rise in global interaction, but it remains a puzzle. Legal scholars have proposed a variety of solutions over the years, but neither Congress nor the U.S. Supreme Court has addressed the issue or indicated a preference for any particular approach.

Some scholars debate the extent to which *Erie* should apply to foreign judgments.<sup>4</sup> Others favor a blanket rule adopting U.S. federal law or the preclusive laws of the nation that issued the judgment.<sup>5</sup> Scholars recommending this approach argue it is the best way to achieve uniformity and efficiency, but practitioners familiar with the realities of litigation are less sanguine.

Applying a foreign country's laws of *res judicata* (claim preclusion and issue preclusion) is unpredictable and expensive given the difficulties of identifying that law in the first place. U.S. courts usually determine foreign law by reviewing the declarations of experts (e.g., foreign attorneys) for each litigant. As may be expected, experts' descriptions often vary considerably depending on the position of the client retaining them. The trial court is left to "decide" as a matter of fact which of two (or more) experts is persuasive – leading to unpredictable results that are difficult if not impossible to challenge on appeal.<sup>6</sup>

In our view, American courts should apply the laws they know best, namely domestic laws of *res judicata* and collateral estoppel, when determining the preclusive effect of foreign judgments on civil and commercial cases in their own fora. In cases involving federal question jurisdiction, that will mean applying federal law. In cases involving federal courts presiding over

---

<sup>4</sup> E.g., Donald Earl Childress III, "When *Erie* Goes International," 105 Nw. U. L. Rev. 1531 (2011); John Brummett, "Country Judgments in the United States and Federal Choice of Law: The Role of the *Erie* Doctrine Reassessed," 33 N.Y.L. Sch. L. Rev. 83, 83-85 (1988).

<sup>5</sup> E.g., Robert C. Casad, "Issue Preclusion and Foreign Country Judgments; Whose Law?" 70 Iowa L. Rev. 53, 77-78 (1984); cf. Daniel C. K. Chow, "Limiting *Erie* in A New Age of International Law: Toward A Federal Common Law of International Choice of Law," 74 Iowa L. Rev. 165, 224 (1988) (favoring a federal rule generally, but adding that federal and state courts should undertake this federal common law analysis on a case-by-case basis and apply a federal rule to an international choice of law issue only after a considered judgment that state law would compromise significant federal interests).

<sup>6</sup> While interpretation and application of *res judicata* law are issues of law reviewed *de novo* by the courts of appeals, a trial court's decision regarding the application of foreign law is generally reviewed for an abuse of discretion, and is rarely overturned on appeal.



diverse citizens, the question is more complicated. We recommend a flexible approach that retains *Erie* when the second suit involves state law claims brought by a citizen of that state.

## II. The Current State of U.S. Law: Courts Apply a Variety of Analyses, or No Analysis, with Disparate Results.

When suits are filed in the U.S. after parallel or related proceedings have been initiated outside the U.S., U.S. courts may allow the proceedings to go forward simultaneously, stay the proceedings until the foreign court has ruled, or stay or dismiss the case on grounds of *forum non conveniens*.<sup>7</sup>

If the case is stayed or the foreign court arrives at a judgment before its U.S. counterpart, the U.S. court may be faced with the problem of giving effect to the judgment, assuming it meets the requirements for recognition.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> U.S. courts may dismiss a suit on the basis of *forum non conveniens* if there is an available and adequate alternative forum and public and private factors identified by the U.S. Supreme Court in *Gulf Oil Co. v. Gilbert*, 330 U.S. 501, 67 S.Ct. 839, 91 L.Ed. 1055 (1947), and *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235, (1981). See, e.g., Edward L. Barrett, Jr., *The Doctrine of Forum Non Conveniens*, 35 Calif. L. Rev. 380, 384 (1947) (forum non conveniens doctrine is designed to “limit[] the plaintiff’s choice of forums without permitting the defendant to escape or minimize his obligations”); 14D Wright, Miller & Cooper, *Federal Practice and Procedure* (\_\_\_ ed. 201\_), § 3828. One scholar has suggested that the rise in dismissals on forum non conveniens grounds is due to U.S. courts’ desire to avoid the application of foreign law. Donald Earl Childress III, *When Erie Goes International*, 105 Nw. U. L. Rev. 1531 (2011).

<sup>8</sup> The Recognition Act provides for recognition of foreign money judgments subject to mandatory and permissible reasons for refusal that vary from state to state. In California, “[a] court ... shall not recognize a foreign-country judgment if any of the following apply: (1) The judgment was rendered under a judicial system that does not provide impartial tribunals or procedures compatible with the requirements of due process of law. (2) The foreign court did not have personal jurisdiction over the defendant. (3) The foreign court did not have jurisdiction over the subject matter.” Cal. Code Civ. Proc. § 1716 (b) (West 2014). A California court may withhold recognition if “any of the following apply: (1) The defendant in the proceeding in the foreign court did not receive notice of the proceeding in sufficient time to enable the defendant to defend. (2) The judgment was obtained by fraud that deprived the losing party of an adequate opportunity to present its case. (3) The judgment or the cause of action or claim for relief on which the judgment is based is repugnant to the public policy of this state or of the United States. (4) The judgment conflicts with another final and conclusive judgment. (5) The proceeding in the foreign court was contrary to an agreement between the parties under which the dispute in question was to be determined otherwise than by proceedings in that foreign court. (6) In the case of jurisdiction based only on personal service, the foreign court was a seriously inconvenient forum for the trial of the action. (7) The judgment was rendered in circumstances that raise substantial doubt about the integrity of the rendering court with respect to the judgment. (8) The specific proceeding in the foreign court leading to the judgment was not compatible with the requirements of due process of law. (9) The judgment includes recovery for a claim of defamation unless the



Almost everyone agrees that most foreign judgments are entitled to *res judicata* as a matter of comity or respect to foreign nations. What is not clear is *whose* *res judicata* law should apply – that of the rendering state or nation or that of the forum? If the latter, the U.S. court must decide whether to apply federal or state law in cases involving state law claims.

As the leading U.S. treatise on procedural law observes, U.S. courts have reached inconsistent results in determining whose preclusion laws to apply to judgments rendered outside the United States.<sup>9</sup> Most state courts apply their own *res judicata* laws, often without discussion. Federal courts typically apply domestic laws of preclusion – federal law if the case involves federal claims or state law (or choice-of-law) if the court is sitting in diversity.<sup>10</sup>

Some courts sitting in diversity apply domestic law as a matter of routine, by agreement of the parties, or on the assumption that foreign law would be the same as domestic law in the absence of evidence to the contrary.<sup>11</sup> Of the courts that provide the reasons for their decisions, different types and levels of analysis lead to different results. Some federal courts apply the state’s *res judicata* law directly, while others apply the state’s choice-of-law principles to determine whether the state court would apply federal or its own law of *res judicata*.<sup>12</sup> The legal labyrinth often leads to inconsistent results within the same state, even when foreign country judgments are not at issue.

---

court determines that the defamation law applied by the foreign court provided at least as much protection for freedom of speech and the press as provided by both the United States and California Constitutions. Cal. Civ. Proc. Code § 1716(c).

<sup>9</sup> 18B Federal Practice and Procedure, *supra*, § 4473; *Andes v. Versant Corp.*, 878 F.2d 147, 149 (4th Cir. 1989) (“When dealing with the preclusive effect of a foreign nation money judgment, some courts have seemed to employ a strict full faith and credit approach, while others have employed the *res judicata* rules of the forum state. Still others have sought to develop special rules that would best serve the interests of the parties, and those of the courts of the foreign nation and of the relevant American jurisdiction.”).

<sup>10</sup> 18B Federal Practice and Procedure, *supra*, § 4473.

<sup>11</sup> *E.g.*, *Ventas, Inc. v. HCP, Inc.*, 647 F.3d 291, 303 n.4 (6th Cir. 2011) (applying Kentucky law of *res judicata* to determine effect of Ontario judgment where parties assumed Kentucky and Ontario would apply the same rules of *res judicata*); *Branca by Branca v. Security Benefit Life Ins. Co.*, 773 F.2d 1158, 1161 (11th Cir. 1985) (applying Florida law of *res judicata* without discussion); *United States v. Kashamu*, 656 F.3d 679, 683 (7th Cir. 2011) (discussing the possibility that foreign *res judicata* law might apply in an appropriate case, but deferring to agreement of the parties).

<sup>12</sup> See discussion *supra*, [to be added].



For example, California State Courts of Appeal have ruled that both California and federal law require California courts to apply California’s law of res judicata to determine the effect of a prior federal judgment.<sup>13</sup> Although the California Supreme Court has not yet ruled which rule applies in diversity cases, one Court of Appeal concluded that California’s law of res judicata would apply no matter what: If the Court “would apply the res judicata law of the state whose law the federal court was applying, ... that would be the law of California. If, however, our Supreme Court were to apply the law followed by the Ninth Circuit, it would apply “the law of the forum state, which in this case is California. Accordingly, whichever rule our Supreme Court would follow, the choice of law rule points to the res judicata law of California.”<sup>14</sup>

The problem is that, notwithstanding the Ninth Circuit precedent cited by this Court, other courts in the Ninth Circuit have reached different results, opining that California courts would apply *federal* res judicata law.<sup>15</sup>

The plot only thickens when the judgment in question is issued by a jurisdiction *outside* the United States, because few state courts have reached the issue whose preclusion law applies in those instances.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> *Butcher v. Truck Ins. Exchange*, 77 Cal. App. 4th 1442, 1452-55 (2000).

<sup>14</sup> *Id.* at 1455 (citing *Gramm v. Lincoln*, 257 F.2d 250, 255 n.6 (9th Cir. 1958) (federal court sitting in diversity is required to follow the law of the state in which it sits, including the law pertaining to res judicata)); see also *Jacobs v. CBS Broad., Inc.*, 291 F.3d 1173 (9th Cir. 2002) (holding that the preclusive effect of a prior Writers’ Guild determination on claims raised in a diversity action was determined by the res judicata and collateral estoppel laws of California, the state in which the federal court was sitting); *Priest v. Am. Smelting & Ref. Co.*, 409 F.2d 1229, 1231 (9th Cir. 1969) (“Since federal jurisdiction in this case is based upon diversity of citizenship, the district court and this court must apply the substantive law of the forum state, ... includ[ing] the law pertaining to collateral estoppel.”).

<sup>15</sup> *E.g.*, *Costantini v. Trans World Airlines*, 681 F.2d 1199, 1201 (9th Cir.1982) (holding that “a federal court sitting in diversity must apply the res judicata law of the state in which it sits,” but concluding that California would apply federal res judicata law to a prior federal judgment). Although *Costantini* has been criticized by California state courts of appeal for misconstruing California law on this point, *e.g.*, *Gamble v. Gen. Foods Corp.*, 229 Cal. App. 3d 893, 899, 280 Cal. Rptr. 457, 460 (1991), the California Supreme Court has yet to weigh in, and the case continues to be followed by California district courts within the Ninth Circuit applying California law. See *S. California Stroke Rehab. Associates, Inc., v. Nautilus, Inc.*, 782 F. Supp. 2d 1096, 1105 (S.D. Cal. 2011) (addressing conflicting approaches and declining to follow *Costantini*).

<sup>16</sup> Federal courts sometimes mistakenly determine that a state court has adopted a rule governing foreign judgments. In a diversity case involving an Australian judgment, for example, the Tenth Circuit Court of Appeals stated that “Kansas generally applies the res judicata rules of the foreign forum in determining what effect to give



In practice, very few U.S. courts apply the res judicata laws of foreign nations.<sup>17</sup> Judge Richard Posner of the Seventh Circuit recently remarked on the lack of consensus regarding the issue of whose law to apply in these circumstances, and queried whether foreign res judicata law should not be applied in appropriate cases as an extension of the principle of comity.<sup>18</sup> In the end, the Court did not decide whether it would be appropriate to apply foreign law to the case before it (which it was hesitant to do), but “bow[ed] to the parties’ tacit agreement” that it “decide the case under federal common law.”<sup>19</sup>

---

that judgment.” *Phillips USA, Inc. v. Allflex USA, Inc.*, 77 F.3d 354, 360 (10th Cir. 1996) (citing *Johnson Bros. Wholesale Liquor Co. v. Clemmons*, 233 Kan. 405, 661 P.2d 1242, 1245). The case the Court cited, however, did not involve a judgment rendered by another country, but by a different state within the U.S. The Kansas court applied the law of the other state pursuant to Full Faith and Credit, which has no bearing on judgments rendered by courts outside the U.S.

<sup>17</sup> *E.g.*, *Watts v. Swiss Bank Corp.*, 1970, 317 N.Y.S.2d 315, 318, 27 N.Y.2d 270, 274, 265 N.E.2d 739, 742, cited in Federal Practice and Procedure, *supra*, § 4473, fn.11; *Estate of Cleland*, 119 Cal.App.2d 18, 20 (1953) (applying Mexican law of res judicata to determine effect of Mexican judgment based on a California statute that has since been repealed); *Bank of Montreal v. Kough*, 612 F.2d 467 (9th Cir.1980) (applying *Cleland* by agreement of the parties).

<sup>18</sup> *United States v. Kashamu*, 656 F.3d 679, 683 (7th Cir. 2011) (citing conflicting views expressed in cases and law review articles, including Robert C. Casad, “Issue Preclusion and Foreign Country Judgments: Whose Law?,” 70 Iowa L.Rev. 53, 56–57 (1984) (recommending application of foreign laws of res judicata to determine preclusive effect of foreign judgments); *Hurst v. Socialist People’s Libyan Arab Jamahiriya*, 474 F.Supp.2d 19, 32–34 (D.D.C. 2007) (applying federal law of issue preclusion to Scottish judgment); *Alfadda v. Fenn*, 966 F.Supp. 1317, 1328–30 (S.D.N.Y.1997) (applying domestic law in favor of French law to determine preclusive effect of French judgment); *Watts v. Swiss Bank Corp.*, 27 N.Y.2d 270, 317 N.Y.S.2d 315, 265 N.E.2d 739, 742–43 (1970) (finding that French preclusion law would apply to French judgment, but applying New York law in the absence of evidence that New York law would differ from French law); Restatement (Third) of Foreign Relations Law § 481 comment c (1987) (“no rule prevents a court in the United States from giving greater preclusive effect to a judgment of a foreign state than would be given in the courts of that state”); Restatement (Second) of Conflict of Laws § 98 comment f (1971) (“Normally foreign rules will be applied to determine the effects of a foreign judgment as claim preclusion, as issue preclusion, and in binding nonparties, so long as the foreign rules are substantially the same as domestic rules.”); Fed. Prac. & Proc., *supra*, § 4473, pp. 398–411; Arthur T. von Mehren & Donald T. Trautman, “Recognition of Foreign Adjudications: A Survey and a Suggested Approach,” 81 Harv. L.Rev. 1601, 1677–81 (1968) (the more intricate and far-reaching applications of preclusive doctrines should probably be avoided in international recognition practice; and Hans Smit, “*International Res Judicata and Collateral Estoppel in the United States*,” 9 UCLA L.Rev. 44, 61–64 (1962) (proposing that courts limit the preclusive effect of foreign judgments).

<sup>19</sup> *Id.* at 685 (“Ordinarily a court will enforce the choice of law rule selected by the parties, no questions asked, unless they select a foreign law that would be too difficult for the federal court to apply; we have given the example of a stipulation to apply the Code of Hammurabi to a dispute arising from a contract.”) (citing *Tomic v. Catholic Diocese*, 442 F.3d 1036, 1042 (7th Cir.2006)).



### III. Full Faith and Credit and/or *Erie*? Should Either Doctrine Be Applied to Foreign Country Judgments?

#### A. Full Faith and Credit

The Full Faith and Credit Clause of the Constitution, U.S. Const., art. IV, § 1, and the Full Faith and Credit Act, 28 U.S.C. § 1738, provide that the States of the Union share sovereignty with the federal government and require courts within the United States to recognize and give effect to judgments of the courts of sister states. As the U.S. Supreme Court has explained, the doctrine was originally designed to “alter the status of the several states as independent foreign sovereignties, each free to ignore obligations created under the laws or by the judicial proceedings of the others, and to make them integral parts of a single nation[.]”<sup>20</sup>

While the Constitutional provision is directed only at state courts, many courts have held that the statute requires federal courts to give full faith and credit to state court judgments,<sup>21</sup> and vice versa.<sup>22</sup> Applying the principle of Full Faith and Credit, U.S. courts generally apply the rendering state’s rules to their issue-preclusion determinations.<sup>23</sup> Full Faith and Credit does not, however, apply to foreign judgments.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> *Williams v. North Carolina*, 317 U.S. 287, 295 (1942) (quoting *Milwaukee County v. White Co.*, 296 U.S. 268, 276-77 (1935)).

<sup>21</sup> *E.g.*, *San Remo Hotel, L.P. v. City & Cty. of San Francisco*, 125 S.Ct. 2491, 2500, 545 U.S. 323, , 162 L.Ed.2d 315 (2005); 710 F.2d 507, 512-13 (9th Cir. 1983); *see also* 18B Fed. Prac. & Proc., *supra*, § 4469 (citing cases).

<sup>22</sup> 18B Fed. Prac. & Proc., *supra*, § 4468 (citing cases). *But see Kopp v. Fair Political Practices Commn.*, 11 Cal.4th 607 (1995) (declining to defer to federal court’s interpretation of state statute).

<sup>23</sup> *See, e.g., Migra v. Warren City School District Bd. of Ed.*, 465 U.S. 75, 80–83, 104 S.Ct. 892, 895-97, 79 L.Ed.2d 56 (1984).

<sup>24</sup> *See, e.g., United States v. Kashamu*, 656 F.3d 679, 683 (7th Cir. 2011) (“When the order is issued by a foreign court, a domestic court is not bound by the full faith and credit clause or statute to comply with the foreign jurisdiction’s preclusion rules”); *Alfadda v. Fenn*, 966 F. Supp. 1317, 1329 (S.D.N.Y. 1997) *aff’d*, 159 F.3d 41 (2d Cir. 1998) (“Neither the Full Faith and Credit Act nor the principles of federalism apply to the recognition of foreign country judgments. ‘Of course, significant differences come into play when we move from the federal system to the international arena. In the latter, no full faith and credit clause is operative.’”) (quoting Ruth B. Ginsburg, “Judgments in Search of Full Faith and Credit: The Last-In-Time Rule for Conflicting Judgments,” 82 Harv. L.Rev. 798, 805 (1969)). *See also Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme Et L’Antisemitisme*, 433 F.3d 1199, 1212 (9th Cir. 2006) (“There is currently no federal statute governing recognition of foreign judgments in the federal courts. [Citation.] The federal full faith and credit statute, 28 U.S.C. § 1738, governs only judgments rendered by courts of states within the United States.”).



Nor is there any reason to apply full faith and credit to foreign judgments. While some courts and scholars have invoked comity as a reason for applying a foreign court's preclusion laws to decide whether a subsequent or parallel proceeding should be merged or barred,<sup>25</sup> comity does not require U.S. courts to treat judgments rendered by the courts of foreign nations as they treat the judgments of U.S. courts.

In *Hilton v. Guyot*, the 1895 case that laid the foundation for U.S. comity law, the U.S. Supreme Court held that comity is not mandatory: it "is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor a 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."<sup>26</sup>

The Supreme Court further explained that the judgments of foreign countries should generally be recognized by the courts of the United States "when the general requirements of comity are satisfied," namely, where there has been opportunity for a full and fair trial abroad before a court of competent jurisdiction, conducting the trial upon regular proceedings, after due citation or voluntary appearance of the defendant, and under a system of jurisprudence likely to secure an impartial administration of justice between the citizens of its own country and those of other countries, and there is nothing to show either prejudice in the court, or in the system of laws under which it was sitting, or fraud in procuring the judgment, or any other special reason why the comity of this nation should not allow it full effect, the merits of the case should not, in an action brought in this country upon the judgment, be tried afresh.<sup>27</sup>

Even then, as *Hilton* itself illustrates, recognition may be withheld. The *Hilton* Court determined that the French judgment under consideration met the foregoing test, but ultimately denied recognition because the French legal system did not provide for reciprocity.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> See, e.g., *United States v. Kashamu*, 656 F.3d 679, 683 (7th Cir. 2011).

<sup>26</sup> *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 163-64 (1895).

<sup>27</sup> *Id.* at 202-03.

<sup>28</sup> *Id.* at 210-28. The reciprocity requirement has largely gone by the wayside in modern American jurisprudence. See Ronald A. Brand, "Federal Judicial Center International Litigation Guide: Recognition and Enforcement of Foreign Judgments," 74 U. Pitt. L.Rev. 491, 507 (2013); Christopher A. Whytock & Cassandra Burke Robertson,



While the doctrine of comity encourages U.S. courts to recognize foreign judgments that meet these requirements, it does not require them to do so, nor does it provide for anything like full faith and credit, or speak to the issue of whose preclusion laws to apply.<sup>29</sup>

The common law rule of comity continues to play a role in American law, but it has in recent years been supplemented by state statutes providing for the recognition of foreign money-judgments. In 1962, the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws promulgated the 1962 Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act, which was revised in 2005.

The 2005 Recognition Act added several discretionary non-recognition grounds not found in the original Act. Recognition may be declined if (1) either the judgment or the cause of action is contrary to the public policy of either the state or the United States; (2) the judgment was rendered in circumstances that raise substantial doubt about the integrity of the rendering court with respect to the judgment; or (3) the specific proceeding in the foreign court leading to the judgment was not compatible with the requirements of due process.<sup>30</sup>

A number of states, including California, have adopted the 2005 Recognition Act. While this Act lends some clarity to U.S. recognition of foreign judgments, it is limited to enforcement

---

“Forum Non Conveniens and the Enforcement of Foreign Judgments,” 111 Colum. L.Rev. 1444, 1468 (2011) (addressing the decline of reciprocity doctrine but noting that several states still include reciprocity among the grounds for recognition (or non-recognition) of foreign country judgments). Cf. Franklin O. Ballard, “Turnabout Is Fair Play: Why A Reciprocity Requirement Should Be Included in the America Law Institute’s Proposed Federal Statute,” 28 Hous. J. Int’l L. 199, 237 (2006) (urging that the reciprocity requirement should be retained “because fundamental fairness dictates that U.S. courts should hold international litigants to the same standards their countries impose upon U.S. litigants”).

<sup>29</sup> Addressing the issue of whose *res judicata* rules apply to determine the effect of a French decision, a federal District Court in New York concluded that “a federal court should normally apply either federal or state law, depending on the nature of the claim, to determine the preclusive effect of a foreign country judgment,” rather than the law of the foreign country. *Alfadda v. Fenn*, 966 F. Supp. 1317 (S.D.N.Y. 1997) *aff’d*, 159 F.3d 41 (2d Cir. 1998). See *id.* at 1329 (explaining that, “France may utilize procedural methods other than issue preclusion to avoid repetitive litigation, provide fairness to litigants, and conserve judicial resources. ... Regardless of the mechanisms utilized by a foreign court to achieve its objectives, a United States court should not be confined to using the foreign court’s mechanisms or else forgo achieving its own objectives.”) (footnotes omitted).

<sup>30</sup> *E.g.*, Cal. Code Civ. Proc., § 1716.



of money judgments; it does not govern the enforcement of legal conclusions or even injunctions of foreign courts.<sup>31</sup>

The Act specifies that if the court finds that a foreign-country money judgment is entitled to recognition “to the extent the judgment grants or denies recovery of a sum of money,” it is “conclusive between the parties to the same extent as the judgment of a sister-state entitled to full faith and credit in this state would be conclusive,” and “enforceable in the same manner and to the same extent as a judgment rendered in this state.”<sup>32</sup> Courts have questioned what the term “conclusive” means,<sup>33</sup> but whatever it means, the Act cannot be read to determine the U.S. court’s choice of preclusion law outside the context of enforcing money- judgments, because the Act does not address issues such as the scope of injunctive relief or the res judicata effect to be given the foreign court’s legal conclusions.<sup>34</sup>

## **B. *Erie* and Its Progeny**

While courts applying res judicata in tandem with the Full Faith and Credit doctrine apply the preclusion law that would be followed by the rendering court, courts applying res judicata in tandem with the *Erie* doctrine usually apply the laws of the state in which they sit, even when grappling with the preclusive effect of a prior federal or state court judgment.

In *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, the U.S. Supreme Court held that, with the exception of matters governed by federal constitutional, statutory, or treaty law, federal courts must apply the law of the state in which they are sitting.<sup>35</sup> This rule was extended in 1941 in *Klaxon Co. v.*

---

<sup>31</sup> See, e.g., *Vedatech K.K. v. Crystal Decisions, Inc.*, No. C-03-04578 RMW, 2009 L1151778 (N.D. Cal. Apr. 28, 2009) *aff’d sub nom. Subramanian v. Crystal Decisions, Inc.*, 492 F. App’x 824 (9th Cir. 2012).

<sup>32</sup> *Hyundai Sec. Co. v. Ik Chi Lee*, 215 Cal. App. 4th 682, 689, 155 Cal. Rptr. 3d 678, 681 (2013) (citing Cal. Code Civ. Proc. § 1719).

<sup>33</sup> *Manco Contracting Co. (W.W.L.) v. Bezdikian*, 45 Cal. 4th 192, 201, fn.5, 195 P.3d 604, 610 (2008) (finding it difficult to distinguish between “conclusive” and “final” as used in the Act).

<sup>34</sup> The drafters of the Uniform Act suggested in written comments that U.S. courts should apply the res judicata law of the country that rendered the judgment, citing comments to the Restatement (Second) of Conflicts, which opine that an American court would likely apply the foreign rules if they are “substantially the same as the rules of the American court.” CA. B. An., S.B. 639 Assem., 7/3/2007 (quoting Restatement (Second) of Conflicts of Laws, § 98, cmt. (f)). The comments do not address which law to apply if the rules are not the same, however.

<sup>35</sup> 304 U.S. 64 (1938),



*Stentor Electric Manufacturing Co*, which held that a federal-diversity court must apply the choice-of-law rules of the state in which it is sitting.<sup>36</sup>

Unfortunately, application of *Erie* and *Klaxon* may themselves lead to different outcomes in the res judicata context. Some federal courts read *Erie* as requiring them to apply the preclusion laws of the state in which they sit, while others read *Klaxon* as requiring them to apply the choice-of-law principles of the state in which they sit to determine which res judicata law to apply. The first (and the majority) approach is reflected by the Fifth Circuit's decision in *Success Motivation Inst. of Japan Ltd. v. Success Motivation Inst., Inc.*<sup>37</sup> Applying *Erie*, the Court held that, "not only the recognition of the foreign country judgment, but also the preclusive effect of that judgment as to this case should be determined under [state] law."<sup>38</sup>

By contrast, in *Ventas, Inc. v. HCP, Inc.*, the Court applied the choice-of-law rules of the forum state to determine questions of res judicata<sup>39</sup>; see also *Kim v. Co-op Centrale Raiffeisen-Boerenleebank, B.A.* (applying Singapore's res judicata laws based on New York's choice-of-law rules).<sup>40</sup> While, as one scholar has observed, *Erie* and *Klaxon* "might lead to uniform application of law within a state," they often lead to "nonuniform application of law between federal courts of different states."<sup>41</sup>

---

<sup>36</sup> 313 U.S. 487 (1941),

<sup>37</sup> 966 F.2d 1007 (5th Cir. 1992).

<sup>38</sup> *Id.* at 1009-10 (emphasis added) (citing *Erie R.R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938)); accord *Sw. Livestock & Trucking Co. v. Ramon*, 234 F.3d 29 (5th Cir. 2000) (applying Texas res judicata law to determine effect of Mexican court's decision); see also *Priest v. Am. Smelting & Ref. Co.*, 409 F.2d 1229, 1231 (9th Cir. 1969) ("Since federal jurisdiction in this case is based upon diversity of citizenship, the district court and this court must apply the substantive law of the forum state, ... includ[ing] the law pertaining to collateral estoppel."); *Balasubramanian v. San Diego Cmty. Coll. Dist.*, 80 Cal. App. 4th 977, 991 (2000) ("Where, as here, an action is filed in a California state court and the defendant claims the suit is barred by a final federal judgment, California law will determine the res judicata effect of the prior federal court judgment on the basis of whether the federal and state actions involve the same primary right."); (citation omitted); accord, *Fujifilm Corp. v. Yang*, 223 Cal. App. 4th 326, 333 (2014) (rejecting appellant's request that it apply federal res judicata law).

<sup>39</sup> 647 F.3d 291, 303 n.4 (6th Cir. 2011).

<sup>40</sup> 364 F.Supp.2d 346, 349 (S.D.N.Y. 2005).

<sup>41</sup> Donald Earl Childress III, "When Erie Goes International," 105 Nw. U. L. Rev. 1531, 1543 (2011) (questioning the application of these cases to cases involving the preclusive effect of foreign state judgments); John Brummett, "Country Judgments in the United States and Federal Choice of Law: The Role of the Erie Doctrine Reassessed," 33 N.Y.L. Sch. L.Rev. 83, 83-85 (1988) (also criticizing application of Erie in foreign judgment cases).



In a 2001 decision, *Semtek Int'l Inc. v. Lockheed Martin Corp.*, the U.S. Supreme Court addressed “whether the claim-preclusive effect of a federal judgment dismissing a diversity action on statute-of-limitations grounds is determined by the law of the State in which the federal court sits.”<sup>42</sup> The plaintiff in *Semtek* had sued the defendant in California state court alleging various business torts; the defendant removed the case to federal district court in California based on diversity of citizenship and successfully moved to dismiss the claims as barred by California's two-year statute of limitations. The district court dismissed the claims “in [their] entirety on the merits and with prejudice,” and the Ninth Circuit affirmed.<sup>43</sup> The plaintiff also sued the defendant in a Maryland state court alleging the same causes of action, which were not barred by Maryland's longer three-year limitations period. The Maryland court granted the defendant’s motion to dismiss the Maryland action, finding plaintiff’s case was barred by federal res judicata; the Maryland court of appeals affirmed.<sup>44</sup> The U.S. Supreme Court reversed, holding that the Maryland court should have applied the claim-preclusion rules of California, under the federal rule incorporating state law.<sup>45</sup>

Some courts and scholars have taken *Semtek* to mean that the second court must apply the res judicata laws of the forum that rendered the first judgment, but the case does not reach that far. The Court was careful to admonish that, “[t]his federal reference to state law will not obtain, of course, in situations in which the state law is incompatible with federal interests. If, for example, state law did not accord claim-preclusive effect to dismissals for willful violation of discovery orders, federal courts’ interest in the integrity of their own processes might justify a contrary federal rule.”<sup>46</sup> Furthermore, the Court did not address the rule to be applied when the second court is a federal court sitting in a different state than the first court. Would it apply the law of the state in which it sits, or the law of the state in which the first court sat? Nor did the Court address the rule to be applied when the first court is that of a foreign nation.

---

<sup>42</sup> 531 U.S. 497, 499, 121 S.Ct. 1021, 149 L.Ed.2d 32 (2001))

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> *Id.* at 500.

<sup>45</sup> *Id.* at 509.

<sup>46</sup> *Ibid.*



#### IV. A Proposed Solution: U.S. Courts Should Apply U.S. Law

In grappling with this puzzle, courts and scholars have addressed a variety of goals, including uniformity, predictability, fairness, and deference to foreign courts. To achieve some or most of these goals, some have proposed a blanket rule that courts apply federal res judicata rules<sup>47</sup>; others have proposed that courts apply the law of the first forum<sup>48</sup>; and still others have proposed a more flexible approach that takes into account the interests of the parties and jurisdictions in a given case.<sup>49</sup>

Having litigated cases involving this prickly issue, we propose that, in cases that do not involve questions of public international law, courts in the U.S. should apply U.S. law.<sup>50</sup> They should apply federal preclusion law when federal interests are paramount, and state preclusion law when state law claims are involved, especially when suit is brought by a citizen of the state at issue. This approach may not lead to absolutely uniform results, or eliminate forum shopping, but it will provide a much greater degree of predictability and fairness to litigants without unduly sacrificing deference to the foreign court.<sup>51</sup>

In many cases it will not matter whose res judicata law applies. But in cases involving the laws of states like California that adhere to a narrow rule of res judicata, plaintiffs should have the benefit of that rule in California fora, even when a foreign court has ruled in a parallel

---

<sup>47</sup> E.g., Robert C. Casad, “Issue Preclusion and Foreign Country Judgments; Whose Law?” 70 Iowa L.Rev. 53, 77-78 (1984) (“Relations between the United States and foreign sovereigns are matters normally committed to the federal, not the state governments. It would seem, then, that the law that prescribes the choice of law rule for determining the effect in America of foreign country judgments should be federal, not state.”)

<sup>48</sup> E.g., Howard M. Erichson, “Interjurisdictional Preclusion,” 96 Mich. L.Rev. 945 (1998).

<sup>49</sup> E.g., Daniel C. K. Chow, “Limiting Erie in A New Age of International Law: Toward A Federal Common Law of International Choice of Law,” 74 Iowa L.Rev. 165, 224 (1988) (favoring a federal rule generally, but adding that federal and state courts should undertake this federal common law analysis on a case-by-case basis and apply a federal rule to an international choice of law issue only after a considered judgment that state law would compromise significant federal interests).

<sup>50</sup> Issues involving public international law are beyond the scope of this article.

<sup>51</sup> See *Alfadda v. Fenn*, *supra*, 966 F. Supp. at 1329 (declining to apply French law because, “[f]or example, ... France may utilize procedural methods other than issue preclusion to avoid repetitive litigation, provide fairness to litigants, and conserve judicial resources. ... Regardless of the mechanisms utilized by a foreign court to achieve its objectives, a United States court should not be confined to using the foreign court's mechanisms or else forgo achieving its own objectives. Thus, the Court concludes that a federal court should normally apply either federal or state law, depending on the nature of the claim, to determine the preclusive effect of a foreign country judgment”) (footnotes omitted).



## Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

or related suit. When the California legislature passes laws (*e.g.*, securities fraud laws) expressly designed to protect California residents, a California business should be able to invoke the protection of such laws, even when they enter into business arrangements with foreign companies. A California company should not be barred from suing in California simply because a foreign enterprise sued it in Europe based on a different transaction or primary right and the European court was the first to issue judgment. California's laws of res judicata should apply, whether or not the California case is removed to federal district court.

The approach we recommend would allow U.S. courts to apply the laws they know without getting stuck in *Klaxon* queries and without having to determine the res judicata laws of a foreign state based on often-conflicting expert opinions. Res judicata is complicated enough without viewing it through the lens of law developed under different circumstances and in light of different policies. Simplifying the law in this way will make things easier for courts and litigants, saving time and money for both. It will not encroach upon the deference due to foreign jurisdictions, whose interests will rarely be disturbed by the application of U.S. law to private actors who have elected to do business with extra-national entities.

It would no doubt be best for Congress or the U.S. Supreme Court to create a uniform rule, but in the meantime, nothing prevents U.S. courts from following the rules we recommend in civil and commercial cases among private parties.



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## **Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro**

(Res iudicata and issue preclusion in the new Brazilian Code of Civil Procedure)

***Fredie Didier Jr.***

Professor at the Federal University of Bahia, Brazil

Attorney at law

**Resumo.** O ensaio propõe-se a examinar o regime jurídico especial de extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no direito brasileiro, tendo em vista o novo Código de Processo Civil.

**Palavras-chave:** Questão prejudicial. Coisa julgada. Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

**Summary.** The essay aims to examine the special legal regime of the extension of res iudicata to the incidental preliminary issue in Brazilian law, in view of the new Code of Civil Procedure.

**Keywords:** Preliminary issue. Res iudicata. Issue preclusion. Brazilian Code of Civil Procedure 2015.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Questão principal e questão incidental; 3. Conceito de questão prejudicial; 4. Questão prejudicial expressa e incidentalmente decidida; 5. Questão prejudicial incidental expressamente decidida e efeito devolutivo do recurso; 6. Dois regimes jurídicos



distintos de coisa julgada: coisa julgada relativa à solução da questão principal e coisa julgada relativa à solução da questão prejudicial incidental: 6.1. Impedimentos à extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental: 6.1.1 Objeção de impertinência; 6.1.2 Objeção de ausência de contraditório; 6.1.3 Objeção de incompetência; 6.1.4 Objeção de cognição insuficiente; 6.2 Alegação das objeções à extensão da coisa julgada à prejudicial incidental; 6.3 Instrumento para o controle da coisa julgada relativa à prejudicial incidental; 6.4 Questão prejudicial principal; 6.5 A sobrevivência da ação declaratória incidental; 6.6 Ação declaratória autônoma; 6.7. Direito transitório.

## **1. Introdução.**

O art. 503 do CPC cuida dos limites objetivos da coisa julgada. Trata, portanto, de definir “o quê” se torna indiscutível pela coisa julgada.

A coisa julgada torna indiscutível a norma jurídica individualizada, construída para a solução de determinado caso.

Quando se afirma que a decisão terá “força de lei”, o que se pretende é deixar clara a impositividade da norma jurídica concreta definida pelo órgão julgador, e que se estabilizou pela coisa julgada.

Os §§1º e 2º do art. 503 trazem grande novidade ao sistema do processo civil brasileiro: a extensão da coisa julgada à solução da questão prejudicial incidental.

É sobre essa novidade que versa esse ensaio.

## **2. Questão principal e questão incidental.**

Há questões que são postas como fundamento para a solução de outras e há aquelas que são colocadas para que sobre elas haja decisão judicial. Em relação a todas haverá cognição; em relação às últimas, haverá também julgamento. Todas compõem o objeto de



conhecimento do órgão julgador, mas somente as últimas compõem o objeto de julgamento (*thema decidendum*).

As primeiras são as questões resolvidas *incidenter tantum*; esta forma de resolução não se presta a, *de regra*, ficar imune pela coisa julgada. O magistrado tem de resolvê-las como etapa necessária do seu julgamento, mas não as decidirá. São as questões cuja solução comporá a fundamentação da decisão. Sobre essa resolução, não recairá a imutabilidade da coisa julgada – ao menos não no regime comum, conforme será visto.

Os incisos do art. 504 do CPC elucidam muito bem o problema: não fazem coisa julgada os motivos da sentença nem a verdade dos fatos. Note, porém, que isso é apenas *a regra*.

Há, porém, um caso em que a resolução de uma questão incidental pode, preenchidos certos pressupostos, tornar-se indiscutível pela coisa julgada material. É o que pode acontecer com a questão prejudicial incidental: preenchidos os pressupostos dos §§1º e 2º do art. 503 do CPC, a resolução da questão prejudicial incidental fica imunizada pela coisa julgada material.

Há questões, no entanto, que devem ser decididas, não somente conhecidas. São as questões postas para uma solução *principaliter*: compõem o objeto do julgamento. Em relação à resolução delas é que se fala, normalmente, em coisa julgada. É o que se retira do art. 503, *caput*, do CPC: a decisão judicial tem força de lei, nos limites da *questão principal expressamente decidida*. A resolução da questão principal submete-se ao regime *comum* da coisa julgada – a resolução de questão prejudicial *incidental* submete-se ao regime *especial* de coisa julgada.

### **3. Conceito de questão prejudicial.**

Considera-se questão prejudicial aquela de cuja solução dependerá não a possibilidade nem a forma do pronunciamento sobre a outra questão, mas o teor mesmo desse pronunciamento. A segunda questão depende da primeira não no seu *ser*, mas no seu *modo de*



ser<sup>1</sup>. A questão prejudicial funciona como uma espécie de placa de trânsito, que determina para onde o motorista (órgão julgador) deve seguir.

Costuma-se dizer que as questões prejudiciais podem ser objeto de um processo autônomo. É preciso ter cuidado com essa lição, pois nada impede que haja questões prejudiciais processuais (p. ex.: a concessão da gratuidade da justiça é prejudicial ao conhecimento do recurso interposto sem preparo). São exemplos de questões prejudiciais: *a)* a validade do contrato, na demanda em que se pretende a sua execução; *b)* a filiação, na demanda por alimentos; *c)* a inconstitucionalidade da lei, na demanda em que se pretenda a repetição do indébito tributário etc.

A questão prejudicial pode ser principal ou incidental – *nem toda questão prejudicial é incidental*. Quando a questão prejudicial é o próprio objeto litigioso do processo (questão a ser resolvida *principaliter*), a doutrina costuma referir-se à causa prejudicial, ao invés de “questão prejudicial”, expressão que ficaria restrita à situação em que o exame da questão fará parte apenas da fundamentação da decisão – ou seja, quando a questão prejudicial é incidental.

A questão prejudicial pode ser *interna*, quando surge no mesmo processo em que está a questão subordinada, ou *externa*, quando está sendo discutida em outro processo. A distinção é relevante para fins de suspensão do processo (art. 313, V, “a”, CPC).

Tratando-se de questão prejudicial *interna*, é possível que sua resolução, como questão principal, não seja da competência do juízo do processo, ainda que este tenha competência para julgamento da questão principal subordinada. Nesse caso, três são as soluções possíveis: *a)* remessa de todo o processo para o juízo competente para o julgamento da questão prejudicial, que também teria a competência para o julgamento da prejudicada (como pode ocorrer com a aplicação do art. 947, do CPC); *b)* atribuição de competência ao juízo da causa para, incidentalmente, resolver a questão prejudicial (por exemplo: art. 93, §1º, do Código de Processo Penal); *c)* cisão de julgamento, com a remessa do exame da questão prejudicial para a resolução pelo juízo com competência exclusiva para a matéria tratada nesse julgamento

---

<sup>1</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Questões prejudiciais e questões preliminares”. *Direito processual civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 83.



incidental, retornando o processo, a seguir, ao juízo originário para a resolução da questão principal, de acordo com o que se houver decidido no incidente (é o que ocorre no incidente de inconstitucionalidade em tribunal: arts. 948-950 do CPC). A observação é importante, para fim de aplicação do regime jurídico da coisa julgada relativa à questão prejudicial incidental, previsto nos §§ 1º e 2º do art. 503.

#### 4. Questão prejudicial expressa e incidentalmente decidida.

A coisa julgada estende-se à solução da questão prejudicial incidental que tenha sido *expressamente* decidida na fundamentação da sentença (art. 503, §1º). A coisa julgada abrangerá, nesse caso, a resolução de questão que não compunha o objeto litigioso do processo.

A questão prejudicial, para o fim do §1º do art. 503 do CPC, é a relação jurídica ou a autenticidade/falsidade de documento<sup>2</sup> que se mostrem prejudiciais à solução da relação jurídica litigiosa. É, por exemplo, a relação de filiação, em uma ação de alimentos; é a relação contratual, em uma cobrança de contrato; é a relação de união estável, em uma ação em que se pleiteia pensão por morte; é a autenticidade/falsidade da escritura pública, em uma ação de invalidação de registro imobiliário; é a falsidade da assinatura na carteira de trabalho, fundamento da improcedência da reclamação trabalhista. Questão prejudicial, aqui, é uma questão que poderia ser objeto de uma ação declaratória (art. 19, I e II, CPC).

A *ratio decidendi* não é questão prejudicial – a *ratio* é a tese jurídica que sustenta a decisão; como tese jurídica, não poderia se tornar indiscutível pela coisa julgada.

Não há problema algum com a criação de um regime especial de coisa julgada: trata-se de uma legítima opção legislativa, com nítido propósito de estabilizar a discussão em torno de uma questão que tenha sido debatida em contraditório, ainda que não seja questão principal. A

---

<sup>2</sup> No sentido de que a solução dada à questão *de fato* prejudicial incidental não fica imunizada pela coisa julgada: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 230, p. 87-88.



doutrina já demonstrava a necessidade de romper o dogma de que a coisa julgada somente poderia recair sobre o objeto litigioso do processo<sup>3</sup>.

A extensão da coisa julgada à questão prejudicial resolvida na fundamentação faz lembrar, por semelhança, a *issue preclusion* do direito estadunidense. “*Issue preclusion* é uma espécie do fenômeno *res judicata* que torna imutáveis e indiscutíveis as questões prejudiciais decididas em um processo”<sup>4</sup>. Esse fenômeno, outrora designado *collateral estoppel*, impede a rediscussão, em outro processo, de uma mesma questão prejudicial incidental, de fato ou de direito, que tenha sido efetivamente controvertida e decidida num processo como etapa essencial para o julgamento do caso<sup>5-6</sup>.

Essa extensão não depende de pedido da parte; dá-se automaticamente; há uma ampliação do objeto da coisa julgada por determinação legal. Nessa linha, o enunciado n. 165 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Independentemente de provocação, a análise de questão prejudicial incidental, desde que preencha os pressupostos dos parágrafos do art. 503, está sujeita à coisa julgada”. A coisa julgada, em qualquer dos seus regimes jurídicos, é efeito que decorre automaticamente da lei: não depende de um “dizer” do órgão julgador

---

<sup>3</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 376-509; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65-81.

<sup>4</sup> PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 155.

<sup>5</sup> PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos*, cit., p. 157-168.

<sup>6</sup> Escrevendo sobre o então Projeto do novo Código de Processo Civil, Antonio Gidi, José Maria Tesheiner e Marília Zanella Prates chegaram a dizer que “o direito brasileiro não deve adotar a coisa julgada sobre as questões prejudiciais”, sob o fundamento de que “nos raros casos em que a coisa julgada sobre questões terá alguma utilidade prática, a inovação não trará economia processual. Pelo contrário, a complexidade e o tempo de duração aumentarão tanto no primeiro processo, em que a questão será decidida pela primeira vez, quanto no segundo processo, em que a coisa julgada sobre aquela determinada questão vier a ser invocada” (GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. “Limites objetivos da coisa julgada no Projeto de Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n. 194, p. 129). É bem verdade que essa opinião foi construída sobre uma proposta de alteração legislativa bem diferente da que efetivamente vingou – e bem mais lacônica. O art. 490 do anteprojeto de novo Código de Processo Civil, apresentado em 2010, dizia apenas que a coisa julgada se estenderia às questões prejudiciais expressamente decididas, sem pormenorizar as hipóteses em que a resolução não estaria sujeita à coisa julgada. Mesmo, porém, diante do texto finalmente aprovado, parece que a opinião permanece, já que ela está calcada na premissa de que a discussão das hipóteses em que a própria coisa julgada não se opera (estando ou não previstas no enunciado normativo) tende a fazer com que o processo demore, tal como na experiência da *issue preclusion* norte-americana.



("faça-se coisa julgada!") ou de pedido da parte ("pede-se que essa decisão se torne indiscutível pela coisa julgada!").

Assim, em ação de alimentos, a coisa julgada poderá estender-se à solução da prejudicial incidental de filiação; em ação de cobrança de contrato, a coisa julgada poderá estender-se à solução da prejudicial incidental de existência ou validade do contrato; em ação declaratória de interpretação de cláusula contratual, a coisa julgada estender-se-á à resolução da prejudicial incidental de existência ou validade do negócio; em ação de invalidação de registro imobiliário, a coisa julgada estender-se-á à declaração de falsidade da escritura pública.

#### **5. Questão prejudicial incidental expressamente decidida e efeito devolutivo do recurso.**

Cabe ao recorrente impugnar a resolução da questão prejudicial incidental; se não o fizer, haverá preclusão. Embora se trate de questão resolvida na fundamentação, o interesse recursal existe, na medida em que essa questão pode tornar-se indiscutível pela coisa julgada.

Questão prejudicial incidental decidida e que não tenha sido impugnada é questão preclusa – não poderá o tribunal, no julgamento do recurso, que porventura tenha outro objeto, reexaminá-la.

#### **6. Dois regimes jurídicos distintos de coisa julgada: coisa julgada relativa à solução da questão principal e coisa julgada relativa à solução da questão prejudicial incidental.**

Há dois regimes jurídicos distintos de coisa julgada, no processo civil brasileiro, que variam conforme o objeto da coisa julgada. Se a coisa julgada for relativa à resolução da questão principal (art. 503, *caput*), aplica-se o regime jurídico comum e tradicional, disciplinado em diversos artigos do CPC. Se a coisa julgada for relativa à resolução de prejudicial incidental, há uma diferença: o legislador impede a sua formação, em algumas situações previstas nos §§1º e 2º do art. 503, unicamente aplicáveis a esse regime de coisa julgada.



## **6.1. Impedimentos à extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental.**

Há fatos que impedem a extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental. Esses fatos são obstáculos a essa extensão da coisa julgada. Esses impedimentos estão previstos nos §§ 1º e 2º do art. 503 e são cumulativos (enunciado n. 313 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

### **6.1.1. Objeção de impertinência.**

A coisa julgada não se estenderá à resolução de questão prejudicial de que não depender o julgamento do mérito (art. 503, §1º, I). Somente a questão prejudicial de cuja resolução dependa o julgamento do mérito pode tornar-se indiscutível pela coisa julgada. Assim, a questão prejudicial resolvida como *obiter dictum* ou a que tenha conteúdo processual não se tornam indiscutíveis pela extensão da coisa julgada<sup>7</sup>.

### **6.1.2. Objeção de ausência de contraditório.**

A extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental pressupõe que tenha havido contraditório prévio e efetivo sobre essa questão prejudicial (art. 503, §1º, II). É fundamental lembrar que o contraditório efetiva-se com a garantia de participação no processo e o poder de influência – o conjunto de direitos processuais que permitem que a parte convença o órgão julgador sobre a procedência de suas alegações.

---

<sup>7</sup> Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, criticando a opção do CPC-1973 quanto à extensão dos limites objetivos da coisa julgada e expondo sua opinião *de lege ferenda*, afirma que a questão prejudicial cuja resolução pode fazer coisa julgada é aquela que serve como *fundamento necessário e determinante* do resultado do julgamento. No seu entendimento, “não podem ser qualificadas como necessárias e, portanto, determinantes do resultado do julgamento as decididas *desfavoravelmente ao vencedor*, pois nesse caso a decisão não será essencial para a conclusão pela procedência ou improcedência da demanda”. Isso constituiria uma espécie de coisa julgada *secundum eventum litis*: a resolução da prejudicial só faria coisa julgada se favorecesse o vencedor; nunca se lhe fosse desfavorável. A questão é relevante, logicamente consistente e merece reflexão mais demorada. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*, cit., p. 69.



Não haverá a referida extensão se a questão prejudicial for trazida *ex officio* pelo órgão julgador, sem a observância do art. 10 do CPC, que impõe o prévio contraditório; do mesmo modo, não haverá extensão nos casos de revelia, exatamente porque não se considera ter havido *contraditório efetivo*. No primeiro caso, não basta que o juiz consulte as partes; é preciso que tenha havido manifestação delas a respeito do assunto, bem como que essa manifestação tenha sido apreciada pelo julgador (art. 489, §1º, IV, CPC).

Percebe-se a diferença significativa em relação ao regime jurídico da coisa julgada da resolução das questões principais, que ocorre mesmo nos casos de revelia. O legislador foi mais exigente para a formação da coisa julgada em relação à questão incidental, supondo, certamente, que em relação a elas o debate não foi ou não teria sido tão intenso como ocorreria caso fosse uma questão principal.

É interessante notar que, no caso de coisa julgada relativa à questão principal, a falta de citação não impede a formação da coisa julgada, embora se possa pedir a invalidação da decisão transitada em julgado a qualquer tempo, pela *querela nullitatis* – embora haja preclusão, se o executado apresentar a impugnação à execução da sentença e não alegar esse defeito (art. 525, §1º, I; art. 535, I, CPC)<sup>8</sup>.

### 6.1.3. Objeção de incompetência.

A extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental pressupõe que o juízo tenha competência para resolvê-la como questão principal (art. 503, §1º, III).

Há casos em que o juízo pode examinar uma questão apenas se ela for incidental. É o que acontece com a alegação de inconstitucionalidade de lei federal: como questão incidental, qualquer juízo pode examiná-la no controle difuso de constitucionalidade; como questão principal, somente o Supremo Tribunal Federal pode fazê-lo no controle concentrado de

---

<sup>8</sup> Sobre a preclusão, nesse caso, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 11, p. 77; DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 12ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 3, p. 445.



constitucionalidade. Assim, em controle difuso, não se estenderá a coisa julgada à resolução da prejudicial de inconstitucionalidade.

É o que pode acontecer, também, em causa previdenciária que tramita na Justiça Federal, cuja prejudicial seja uma relação jurídica de família; à resolução da prejudicial incidental de família, feita pelo juízo federal, não se estenderá a coisa julgada, em razão da incompetência.

Note, também aqui, uma diferença em relação à coisa julgada relativa às questões principais, cuja formação não é obstada pela incompetência do juízo – ao contrário, a incompetência do juízo é hipótese de rescisão da coisa julgada (art. 966, II, CPC).

#### **6.1.4. Objeção de cognição insuficiente.**

Também não haverá extensão da coisa julgada à resolução da prejudicial incidental, se, no processo em que a questão foi resolvida, houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam ou dificultem o aprofundamento da análise da questão prejudicial (art. 503, §2º).

O legislador, na linha da objeção de ausência de contraditório, exige que a cognição da prejudicial incidental não tenha sido prejudicada por eventuais restrições probatórias (como acontece no mandado de segurança) ou limitações à cognição (como acontece no processo de inventário e partilha (art. 612, CPC), nos Juizados Especiais Cíveis, ou no procedimento da desapropriação, art. 34, *caput*, e parágrafo único, do Dec.-lei 3.365/1941). Assim, por exemplo, a coisa julgada não se estenderá à resolução da prejudicial de validade do decreto expropriatório contida na sentença do processo de desapropriação.



## 6.2. Alegação das objeções à extensão da coisa julgada à prejudicial incidental.

Há duas situações possíveis em que se pode alegar um dos impedimentos à formação da coisa julgada relativa à prejudicial incidental; ou seja, duas situações em que se negará a existência da coisa julgada de regime especial.

a) O sujeito propõe uma demanda, ignorando a resolução da prejudicial incidental havida no processo anterior; nesse caso, caberá ao réu alegar a coisa julgada (art. 503, §1º, CPC); ao replicar a contestação, o autor poderá objetar a alegação de coisa julgada, afirmando um dos fatos que impedem a extensão da coisa julgada à prejudicial incidental.

b) O sujeito propõe uma demanda, valendo-se do efeito positivo da coisa julgada relativa à prejudicial incidental; o réu, em defesa, objeta, alegando um dos fatos que impedem a extensão da coisa julgada à prejudicial incidental.

Nas duas situações, não se busca *desfazer* a coisa julgada relativa à prejudicial incidental; propõe-se demonstrar, tão somente, que essa coisa julgada sequer existe, nem se formou. Alegam-se fatos que *negam* o direito afirmado, sob o fundamento de que não há a coisa julgada que o lastreia.

## 6.3. Instrumento para o controle da coisa julgada relativa à prejudicial incidental.

A coisa julgada relativa à prejudicial incidental pode ser controlada pelos mesmos instrumentos previstos para a coisa julgada relativa à questão principal. Caberá, então, ação rescisória para desfazer a resolução da questão prejudicial incidental que tenha sido acobertada pela coisa julgada por força do §1º do art. 503. Nesse sentido, o enunciado n. 338 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Cabe ação rescisória para desconstituir a coisa julgada formada sobre a resolução expressa da questão prejudicial incidental”.

Essa ação rescisória tem por pressuposto o fato de que *há coisa julgada sobre a resolução da prejudicial incidental*. Assim, na petição inicial, o autor terá de demonstrar o



preenchimento dos pressupostos dos §§1º e 2º do art. 503; é que, não preenchidos esses pressupostos, não há coisa julgada e, portanto, não haverá o que ser rescindido.

#### **6.4. Questão prejudicial principal.**

*Nem toda questão prejudicial é incidental.* Há questão prejudicial que é, também, questão principal.

É possível que a questão prejudicial tenha sido posta para resolução *principaliter*. É o que pode acontecer, por exemplo, quando há cumulação de pedidos de investigação de paternidade e de alimentos; a filiação é questão prejudicial e principal, pois há pedido sobre ela.

Nesse caso, a coisa julgada relativa à prejudicial não é a prevista no §1º do art. 503; a coisa julgada, neste caso, se submeterá ao regime jurídico comum.

#### **6.5. A sobrevivência da ação declaratória incidental.**

O CPC-1973 estabelecia um regime diferente para a resolução das prejudiciais incidentais: a coisa julgada não se estendia a elas (art. 469, III, CPC-1973). Para que houvesse coisa julgada em relação a uma questão prejudicial, era preciso que se tratasse de questão principal.

Uma questão prejudicial poderia ser uma questão principal de duas formas: *a)* ou desde o início do processo, com a formulação de um pedido que lhe tivesse como objeto; *b)* ou por meio da ação declaratória incidental.

A ação declaratória incidental (arts. 5º, 325 e 470 do CPC-1973) tinha por utilidade transformar a análise da questão prejudicial controvertida. Posta, inicialmente, como simples fundamento do pedido, a questão prejudicial seria resolvida *incidenter tantum* e, na forma do inciso III do art. 469 do CPC-1973, não ficaria acobertada pela coisa julgada. Proposta a ação declaratória incidental, a questão prejudicial passava a ser objeto de resolução *principaliter*,



compondo o *thema decidendum*; a solução que o magistrado lhe desse ficaria acobertada pela coisa julgada (art. 470 do CPC-1973). Com ação declaratória incidental, a análise da questão prejudicial mudava: ela deixava de ser simples fundamento e passava a ser objeto da decisão do magistrado.

O CPC-2015 não previu a ação declaratória incidental, exatamente porque estendeu a coisa julgada à resolução das prejudiciais incidentais, nos termos do §1º do art. 503 do CPC.

A ação declaratória incidental ainda permanece em nosso sistema, ao menos em duas situações: *a)* reconvenção declaratória proposta pelo réu, que pode ter por objeto a questão prejudicial incidental controvertida: nesse caso, a prejudicial se torna questão principal, para cuja resolução vige o regime jurídico comum da coisa julgada; *b)* *ação declaratória incidental de falsidade de documento*, expressamente prevista no par. ún. do art. 430 do CPC.

#### **6.6. Ação declaratória autônoma.**

Não há impedimento ao ajuizamento de ação declaratória autônoma, que tenha por objeto a declaração da existência ou inexistência da questão prejudicial incidental. Nesse caso, a questão prejudicial torna-se questão principal deste novo processo.

Haverá conexão por prejudicialidade entre a demanda originária e essa demanda declaratória, a impor a reunião das causas para processamento simultâneo (art. 55 do CPC).

Não há falta de interesse no ajuizamento dessa ação declaratória, exatamente porque o regime da coisa julgada relativa à questão principal é diferente (mais rigoroso) do regime da coisa julgada relativa à questão prejudicial incidental. Nessa linha, é o enunciado n. 111 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Persiste o interesse no ajuizamento de ação declaratória quanto à questão prejudicial incidental”.



### **6.7. Direito transitório.**

O regime jurídico especial de coisa julgada, relativo à resolução das prejudiciais incidentais, somente aplica-se aos processos iniciados após a vigência do CPC-2015 (art. 1.054, CPC). Aos processos pendentes ao tempo do início da vigência do CPC-2015, aplica-se o regramento do CPC-1973: assim, a resolução da questão prejudicial somente se torna indiscutível pela coisa julgada se ela for uma questão principal – originariamente principal ou tornada principal pelo ajuizamento da ação declaratória incidental.



# Class Actions in Argentina: the need for a wider scope to embrace judicial efficiency

**Francisco Verbic**

Interim Adjunct Professor on Civil Procedure at UNLP School of Law  
and Social Sciences (Argentina). LL.M. in International Legal Studies (NYU)

**Keywords:** Class actions. Argentina.

**Abstract:** This paper discusses the evolution and new trends on class actions in Argentina.

## I. Introduction

The open call for papers for this World Congress was made for its sixth and final panel, dedicated to “Forms of relief”, and required participants to focus “*on the contemporary evolution of forms of relief in consideration of the economic crisis and of the tendency to promote austerity measures*”. From within this frame, I will present some concerns regarding how the Argentine Supreme Court of Justice (ASCJ) has been dealing with class actions for damages since it recognized its viability in 2009.

Firstly, I will explain how class actions for damages have arrived to Argentina and why, even though judicial efficiency is one of the main inherent features of this kind of proceedings, the ASCJ has been reluctant to recognize it as a public policy goal which should be advanced through these sort of litigation.<sup>1</sup> Moreover, as we will see (and without any plausible

---

Paper presented to the IAPL World Congress of 2015, Istanbul, Turkey.

<sup>1</sup> As it is well known, class actions efficiency arises from its very collective nature. That is, from the possibility of aggregating multiple common claims and discussing them within only one single proceeding [among others, see



justification), as a matter of principle the ASCJ has limited the scope of class actions for damages to cases where access to justice is compromise, expressly forbidding the file of class actions when there are enough individual interests at stake to justify individual lawsuits.

Secondly, I will argue that this limitation in the scope of class actions for damages in Argentina not only lacks constitutional, legal and principle foundations, but also goes against a federal judicial reality characterized by an extremely heavy caseload to deal with every year. Finally, I will sustain that –if maintained according to the rules established by the ASCJ case law– class actions in Argentina could advance judicial efficiency, as well as other relevant values to a democratic judicial system, without seriously compromising absent members of the class’ due process rights.

## II. A short overview on class actions for damages in Argentina

Thanks to the 1994 constitutional reform, collective standing to sue has acquired constitutional status in Argentina.<sup>2</sup> Since then, legislative developments in the fields of consumers and environmental protection have established some collective procedural provisions at the federal level as well.<sup>3</sup> But it was not until the ASCJ leading case “*Halabi*” that class actions for damages were fully recognized as a plausible means to litigate collective grievances in that country.<sup>4</sup>

---

Elizabeth J. Cabraser “*The Class Action Counterreformation*”, 57 Stan. L. Rev. 1475, 1479 (2005) (underlying the utility of class actions to provide a fair, efficient and cost-effective procedural device to adjudicate common questions of law and fact); Edward F. Sherman “*Aggregate Disposition of related cases: The Policy Issues*”, 10 Rev. of Litigation 231, 237 (1991) (arguing that “*Aggregation of cases promises savings by eliminating duplication and providing economies of scale*”); Communication 2013/401 of the European Commission of 11 June 2013, defining “*collective redress*” as “*a procedural mechanism that allows, for reasons of procedural economy and/or efficiency of enforcement, many similar legal claims to be bundled into a single court action*”].

<sup>2</sup> Art. 43, 2<sup>nd</sup> parag. of Argentine Federal Constitution (AFC) vests certain kind of NGOs, the ombudsman and the individual “affected” with the right to promote representative lawsuits.

<sup>3</sup> Consumer Protection Act N° 24.240, specially as reformed in 2008 by Act N° 26.361; General Environmental Act N° 25.675, enacted in 2002.

<sup>4</sup> ASCJ *in re “Halabi Ernesto c/ Poder Ejecutivo Nacional”*, opinion delivered in 02/24/09, *Fallos* 332:111. For the evolution and main features of collective redress in Argentina see Leandro J. Giannini “*La Tutela Colectiva de Derechos Individuales Homogéneos*”, Librería Editora Platense Ed., La Plata, 2007; Francisco Verbic “*Procesos Colectivos*”, Astrea Ed., Buenos Aires, 2007; José M. Salgado “*Tutela individual homogénea*”, Astrea Ed., Buenos Aires, 2011; Eduardo D. Oteiza (Coord.) “*Procesos Colectivos*”, Rubinzal Culzoni Eds., Buenos Aires, 2006.



In that precedent, a tight 4-3 decision, the majority recognizes the existence of constitutional “*homogeneous individual rights*” and held that in Argentina is “*perfectly acceptable*” to file lawsuits “*with analogous characteristics and effects as US class actions*” in order to vindicate them.<sup>5</sup> Before “*Halabi*” the ASCJ has systematically rejected cases where NGOs, individuals or the ombudsman were litigating collective cases involving patrimonial rights.<sup>6</sup>

Four years and a half passed before the ASCJ delivered another relevant opinion in this field of law. That happened when deciding “*PADEC v. Swiss Medical*”.<sup>7</sup> This was a class action filed by an NGO seeking declaratory and economic relief for insurance consumers, while “*Halabi*” was filed by an individual “*affected*” and has only involved declaratory relief. Even more important, the ASCJ opinion in “*PADEC*” applied the “*Halabi*” doctrine in full (including long quotations) and confirmed the fundamental features of what can be described as a hybrid model of class litigation in Argentina: a basis conformed by a classification of collective substantive rights, taken from the Brazilian tradition,<sup>8</sup> and specific procedural rules and safeguards in order to protect absent members of the class’ due process rights, taken from the class actions regulated by the U.S. Federal Rule of Civil Procedure 23 (FRCP 23).<sup>9</sup>

---

Specifically regarding environmental and consumers protection, see Francisco Verbic “*Procesos colectivos para la tutela del medio ambiente y de los consumidores y usuarios en la República Argentina. Relatório Nacional (Argentina)*”, Civil Procedure Review, Vol.4, Special Edition, 2013, pp. 310-371

<sup>5</sup> Parag. 19° of the majority opinion.

<sup>6</sup> Among many others, FSC *in re “Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c/ Estado Nacional s/ Acción de amparo”*, opinion delivered in 08/26/2003, Fallos 326:2998.

<sup>7</sup> ASCJ *in re “PADEC c/ Swiss Medical s/ Nulidad de cláusulas contractuales”*, opinion delivered in 08/21/13, file N° P.361.XLIII.

<sup>8</sup> For an explanation of the origins of Brazilian laws on collective litigation and the influence played by the civil law tradition in the way they implemented the system, see Antonio Gidi “*Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries*”, Am. J. Comp. L., Vol LI, Spring 2003, No. 2. For several doctrinal approaches to collective rights in Brazil, see Luiz Rodriguez Wambier “*Liquidação da sentença civil individual e coletiva*”, 4a edição, Revista dos Tribunais Ed., São Paulo, 2006, pp. 241-263; Freddie Didier Jr. and Hermes Zanetti Jr. “*Curso de Direito Processual Civil*”, T. 4 “*Processo Coletivo*”, 9a edição revista, ampliada e atualizada, Editora Jus Podivim, 2014, pp. 67-86. For a recent and comprehensive explanation of protection of homogenous individual rights, what I call here “*class actions for damages*”, see Sergio Cruz Arenhart “*A tutela coletiva de interesses individuais*”, Revista dos Tribunais Ed., São Paulo, 2013.

<sup>9</sup> Including adequacy of representation, notice and opt out rights. See Francisco Verbic “*La decisión de la CSJN en ‘PADEC c. Swiss Medical’. Ratificación de ‘Halabi’ y confirmación de las bases para un modelo de tutela colectiva de derechos en Argentina*”, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, 2013-B.



Both in “*Halabi*” and “*PADEC*”, as well as in several opinions delivered since then,<sup>10</sup> the ASCJ has sustained that the admissibility of collective lawsuits filed to vindicate homogeneous individual rights demands the fulfillment of four requirements:<sup>11</sup>

- (i) A relevant number of individuals affected (similar to the *impracticability of joinder* prerequisite of FRCP 23(a)(1)).
- (ii) A common cause of damages, explained as the existence of a single or complex fact causing the grievances suffered by that group of people (similar to the *commonality* prerequisite of FRCP 23(a)(2))
- (iii) A pleading and a cause of action focused on the issues common to the class (somewhat similar to the *typicality* prerequisite of FRCP 23(a)(3)); and
- (iv) Individual interests at stake should not be of such importance to justify individual lawsuits “*so that access to justice could be compromised*”.

Besides these admissibility requirements, the ASCJ has established -both in “*Halabi*” and “*PADEC*”, as well as in the following precedents- several procedural safeguards which she considered as “*essential*” to protect absentees’ constitutional due process rights. Among them: a precise definition of the group, adequacy of representation (which must be “*supervised*” by the court), notice to absent members, class members’ opt out and intervention rights, and publicity of proceedings in order to avoid parallel and overlapping litigation.<sup>12</sup>

### III. The lack of foundations for this narrow scope

As we have seen, as a matter of principle the ASCJ forbids class actions for damages when individual interests at stake justify individual lawsuits (requisite (iv)). However, there are

---

<sup>10</sup> Among many others, ASCJ *in re* “*Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A.*”, opinion delivered in 03/06/14, file N° U.2.XLV; “*Consumidores Financieros c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. s/ ordinario*”, file N° C.1074.XLVI, and “*Consumidores Financieros c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario*”, file N° C.519.XLVIII, both opinions delivered in 06/24/14; “*Unión de Consumidores de Argentina c. CTI PCS S.A. s/ Sumarísimo*”, opinion delivered in 07/15/14, file N° U.24.XLVI.

<sup>11</sup> “*Halabi*”, parag. 13° of the majority opinion; “*PADEC*”, parag. 10° of the majority opinion.

<sup>12</sup> “*Halabi*”, parag. 20° of the majority opinion; “*PADEC*”, parag. 16° of the majority opinion. Regarding how the ASCJ and Argentine legislators have dealt with adequacy of representation since “*Halabi*”, see Francisco Verbic “*Adequacy of representation in Argentina: Federal Supreme Court’s Case Law, Bills Pending before Congress and the Preliminary Draft of a New Civil Code*”, *Civil Procedure Review*, v.3, n.3: 47-58, aug.-dec., 2012, pp. 47-58.



neither constitutional nor legal or principle foundations to sustain such a narrow view of the scope of class action litigation. Art. 43 of the AFC does not contain any sort of limitation in this sense. The same could be said about the consumer and environmental protection Acts.

The problem with such a kind of approach to the phenomenon of collective redress, which seems to be aligned with the European one regarding this issue,<sup>13</sup> is that it deprives class actions from one of the main advantages they could advance in contemporary litigation landscapes: judicial efficiency. Nevertheless, the ASCJ case law provides no explanation at all about why collective redress could only be performed in Argentina when access to justice is compromised. That is particularly striking if we take into account the fact that official statistics from the national and federal judiciary show a quite heavy caseload to deal with every single year (and, even though there are no statistics regarding this topic, everybody knows that many of those cases are repetitive and could be efficiently handled in an aggregative basis).<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Article 1 of the European Commission Recommendation 2013/396 defines its purposes without mentioning judicial efficiency among its goals: *“The purpose of this Recommendation is to facilitate access to justice, stop illegal practices and enable injured parties to obtain compensation in mass harm situations caused by violations of rights granted under Union law, while ensuring appropriate procedural safeguards to avoid abusive litigation”*. Efficiency value is only mentioned in that Recommendation in respect to ADR (parag. 16° of the preamble: *“Alternative dispute resolution procedures can be an efficient way of obtaining redress in mass harm situations...”*) and the enforcement of injunctive orders (art. 20: *“Efficient enforcement of injunctive orders”*). For recent developments on collective redress in Europe, see Stefaan Voet *“European Collective Redress: A Status Quaestionis”*, Int’l Journal of Procedural Law, Volume 4 (2014), No. 1, pp. 97-128; Elisabetta Silvestri *“Towards a Common Framework of Collective Redress in Europe? An Update on the Latest Initiatives of the European Commission”*, Russian Law Journal, Vol 1 (2013), No 1, pp. 46-56.

<sup>14</sup> In 2013 (last available statistics) the National Commercial Appellate Court, with jurisdiction only in Buenos Aires City, delivered 13.453 opinions, while Commercial Courts of First Instance (district courts) had 210.898 pending cases. The Federal Civil and Commercial Appellate Court, in turn, by the end of 2013 had 4.594 pending cases, while Federal Civil and Commercial Courts of First Instance (district courts) had 50.449 pending cases. Other forum which presents a huge number of repetitive litigation is the one dealing with social security lawsuits: The Social Security Federal Appellate Court has, by the end of 2013, 59.446 pending cases; while the Social Security Courts of First Instance (district courts) have 138.266 pending cases. All statistics available at [http://www.pjn.gov.ar/07\\_estadisticas/Libros/Estadi\\_13/Indice13.htm](http://www.pjn.gov.ar/07_estadisticas/Libros/Estadi_13/Indice13.htm) (last visit 03/31/2015). Numbers at the ASCJ are equally compelling: in 2012 the Court delivered 9.586 opinions in “no social security cases” and 6.452 in social security cases; in 2013 a total of 15.792 opinions; and in 2014 a total of 23.183 opinions (these ASCJ opinions are not necessarily on the merits of cases, but they demonstrate the demanding caseload that must be faced every year by a Court which, nowadays, has only four Judges).



#### IV. An exception to the rule that seems to be broader than the rule itself

Perhaps in order to preserve her discretion on this delicate field of litigation -which generally tends to involve deep social, economic and political implications, as Professor Chayes underlined almost 40 years ago-<sup>15</sup> the ASCJ established in “*Halabi*” an exception to the rule of “meritorious individual lawsuits” as a limit for class action litigation. An exception which has been replicated in “*PADEC*” and all its progeny.

According to this exception, collective redress would also be admissible when the case involves a “*strong state interest*” in the protection of the rights involved in the dispute (not a “*public interest*” but a “*state*” one, whatever it may implies). That state interest could arise either from “*the social significance*” of the rights in dispute (the ASCJ mentioned environmental, consumers and health rights), or from the “*particular features of the affected class*” (the ASCJ referred to “*traditionally disadvantaged or weakly protected groups*”).<sup>16</sup>

As it is quite easy to appreciate, the exception is so broad that it affords the ASCJ almost absolute discretion to deal with collective conflicts every time she wants to (even when individual actions are justified). I sustain that because consumers and environmental rights are the main fields of collective litigation in Argentina. And if we talk about disadvantaged or weakly protected sectors of the population, the spectrum could include several minority groups who are way beyond consumers and environmental fields. Last but not least, what sort of collective conflict would not demand a “strong state interest” in its peaceful, equal and just resolution? As it was stated, this exception almost deprives the rule of any meaningful content.

The ASCJ has already begun to make use of the broad discretion provided by this exception. In a recent opinion, she vacated a Federal Appellate Court opinion in order to allow the maintenance of a class action where an NGO is seeking declaratory and economic relief for a group of children, women, elders and disabled people.<sup>17</sup> In this precedent, the ASCJ sustained that, even though individual actions were justify due to the stakes in dispute, collective redress

---

<sup>15</sup> Abram Chayes “*The Role of the Judge in Public Law Litigation*”, Harv. L. Rev. Vol. 89, No. 7, May, 1976.

<sup>16</sup> “*Halabi*”, parag. 13° of the majority opinion; “*PADEC*”, parag. 10° of the majority opinion.

<sup>17</sup> ASCJ in re “*Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo*”, opinion delivered in 02/10/15, file N° CSJ 000721/2007(43-A)/CS1.



was still admissible because it was *“not possible to avoid the unquestionable social content of the rights involved in the dispute, which pertain to groups that must be subject to preferential protection by constitutional mandates due to their vulnerable condition”*.<sup>18</sup>

## V. Closing. Judicial efficiency and other judicial values

I completely agree with the contention that *“efficiency is one value among other important values of justice and that there is no predefined lexical order ranking efficiency above other values such as neutrality, impartiality, factual and normative accuracy, accessibility, intelligibility, and legitimacy of dispute resolution mechanisms”*.<sup>19</sup> However, I think that efficiency has become a main character in the theatre of 21<sup>st</sup> century judicial systems because society has changed and, with it, the sorts of conflicts we are supposed to deal with. Departing from this pretty obvious premise, it is important to remember that class actions are a proven rational response to collective conflicts. And if we talk about Argentine context, it is also important to bear in mind that class actions are the only effective device we have at hand to deal with collective grievances nowadays.<sup>20</sup>

I repeat: neither the AFC, nor the statutory provisions regulating collective procedural devices (or any principle of the law), imposed a limit on collective adjudication based on the fact that individual actions could be justified because of the stakes in dispute. Moreover, the AFSC case law –as we have seen- has established strong procedural safeguards to protect absent class members’ due process rights. If these procedural safeguards are to be respected, class actions for damages could achieve important judicial efficiency while, at the same time, strengthen other values which are so relevant to civil procedure within a democratic system in

---

<sup>18</sup> Parag. 9° of the Court opinion.

<sup>19</sup> Fabien Gélinas and Clément Camion *“Efficiency and Values in the Constitution of Civil Procedure”*, Int’l Journal of Procedural Law, Volume 4 (2014), n° 2, pp. 202-216, 206.

<sup>20</sup> The situation is quite different in the U.S. and even in Brazil, for example, where there are different ways to deal with collective conflicts [for the U.S. see Samuel Issacharoff (General Reporter) *“Principles of the Law of Aggregate Litigation”*, American Law Institute, 2010; for the Brazilian perspective, see Freddie Didier Jr. and Hermes Zanetti Jr. *“Curso de Direito Processual Civil”*, T. 4 *“Processo Coletivo”*, 9a edição revista, ampliada e atualizada, Editora Jus Podivim, 2014, as well as the regulations regarding repetitive litigation on the new code of civil procedure enacted in March, 2015].



contemporary societies (deterrence effect, access to justice, participation on the political arena, and equal outcomes for people similarly situated, among others).

However, in order to reach this goal we ought to embrace judicial efficiency as a relevant value by itself, and not simply as an indirect outcome of collective redress necessarily justified by other public policy objectives.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> See Richard Marcus *“Procedure in a Time of Austerity”*, Int’l Journal of Procedural Law, Volume 3 (2013), No. 1, pp. 133-158, 135, 158 (stating, referring to the US, that *“For legal academics, austerity has not been a preoccupation. Procedural reform, in particular, has not been significantly preoccupied with governmental cost”*).