



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI SALERNO

Dipartimento di Scienze Giuridiche  
(Scuola di Giurisprudenza)

Dottorato di ricerca in  
«Scienze Giuridiche – *curriculum* civilistico»  
(XXXIII ciclo)

Tesi di dottorato

Struttura dell'impugnazione per nullità del lodo rituale e  
funzione assicurativa dell'effettività del diritto dell'Unione.

*Tutors:*

Ch.mo Prof. Andrea Federico

Ch.mo Prof. Ferruccio Auletta

Candidata:

Dott.ssa Anna Andolfi

Coordinatore:

Ch.mo Prof. Geminello Preterossi

Anno Accademico 2019/2020



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI SALERNO

Dipartimento di Scienze Giuridiche  
(Scuola di Giurisprudenza)

Dottorato di ricerca in  
«Scienze Giuridiche – *curriculum* civilistico»  
(XXXIII ciclo)

Tesi di dottorato

Struttura dell'impugnazione per nullità del lodo rituale e  
funzione assicurativa dell'effettività del diritto dell'Unione.

*Tutors:*

Ch.mo Prof. Andrea Federico

Ch.mo Prof. Ferruccio Auletta

Coordinatore:

Ch.mo Prof. Geminello Preterossi

Candidata:

Dott.ssa Anna Andolfi

Anno Accademico 2019/2020



## INTRODUZIONE

L'odierno studio si propone di verificare come l'esigenza di effettiva ed uniforme applicazione del diritto dell'Unione (esigenza la quale spiega il peculiare connubio tra l'ordinamento unionale e il diritto processuale degli Stati membri rappresentato dal sistema dei limiti all'«autonomia processuale») possa influire sulla disciplina dell'arbitrato di diritto comune nonché sul processo di impugnazione per nullità del lodo rituale e, in una prospettiva più ampia, mira ad intensificare l'attenzione sull'uso della giustizia privata nello spazio giuridico europeo. Tale studio sembra imporsi soprattutto in considerazione del latente contrasto, emerso negli ultimi anni, tra le necessità connesse al processo di integrazione giuridica europea, condotto per il tramite della funzione costituente della Corte di giustizia, e le esigenze del mercato globale, il quale promuove una maggiore privatizzazione della giustizia.

Le premesse imprescindibili della presente indagine consistono nel progressivo rafforzamento dell'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale e nell'ampliamento delle attribuzioni istituzionali degli organi giurisdizionali nazionali, in funzione dell'interesse generale alla salvaguardia dell'unità dell'ordinamento dell'Unione (*funzione di garanzia oggettiva*). Invero, il più recente percorso giurisprudenziale della Corte lussemburghese<sup>1</sup>, afferma il principio di

---

<sup>1</sup> Si fa riferimento, in particolare, ai pareri della Corte di giustizia 1/09 dell'8 marzo 2011 e 2/13 del 18 dicembre 2014. Con il primo la Corte del Lussemburgo ha escluso la compatibilità del progetto di accordo europeo sui brevetti con le caratteristiche strutturali della Comunità, poiché l'art. 14 A di quel progetto avrebbe attribuito alla Corte europea dei brevetti il compito di interpretare e applicare il

(cor)responsabilità degli organi giurisdizionali interni nell'assicurare non solo la tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche di vantaggio attribuite ai singoli dall'ordinamento dell'Unione (come sembrerebbe ricavarsi dall'art. 19, par. 1, TUE), ma anche il rispetto e la tenuta complessiva dell'ordinamento eurounitario<sup>2</sup>. Risulta enfatizzata la duplicità strutturale del quadro giurisdizionale dell'Unione, composto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e dagli organi giurisdizionali degli Stati membri, su di essi gravando il compito di assicurare la piena efficacia e l'unità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto dell'Unione, anche grazie allo strumento di cooperazione circolare rappresentato dal rinvio pregiudiziale (*ex art. 267 TFUE*, il quale funge, pertanto, da «chiave di volta del sistema»)<sup>3</sup>.

Allora, sembra appena il caso di interrogarsi su come questo scenario possa modellare la conformazione della giustizia privata. Il giudice privato non è parte del sistema giurisdizionale dell'Unione, non è soggetto all'obbligo di leale cooperazione, il suo operato non è soggettivamente imputabile allo Stato membro, risultando, pertanto, sottratto ai meccanismi di reazione *post* violazione del diritto dell'Unione, infine, non è legittimato a provocare il dialogo con la

---

diritto dell'Unione e avrebbe avuto l'effetto di attribuire la competenza, normalmente spettante alle corti nazionali, a conoscere controversie nel campo del brevetto UE e ad assicurare protezione giudiziale dei diritti individuali ad esso discendenti. Con il secondo la Corte ha affermato l'incompatibilità, con il diritto dell'Unione, dell'accordo sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, atteso che «è suscettibile di pregiudicare le caratteristiche specifiche e l'autonomia del diritto dell'Unione, in quanto non garantisce il coordinamento tra l'articolo 53 della CEDU e l'articolo 53 della Carta, non previene il rischio di lesione del principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri nel diritto dell'Unione e non prevede alcuna articolazione del meccanismo istituito dal Protocollo n. 16 con la procedura di rinvio pregiudiziale prevista dall'articolo 267 TFUE» ed è, altresì, suscettibile «di avere effetti sull'articolo 344 TFUE, in quanto non esclude la possibilità che talune controversie tra gli Stati membri o tra gli Stati membri e l'Unione, relative all'applicazione della CEDU nell'ambito di applicazione sostanziale del diritto dell'Unione, vengano portate dinanzi alla Corte EDU». Sull'argomento si rinvia a MINGOZZI P., *La cosa giudicata nazionale e il principio dell'interpretazione conforme*, in *Dir. Un. eu.*, 2017, p. 173, spec. p. 182.

<sup>2</sup> ALBERTI J., *Il parere della Corte di giustizia sul Tribunale dei brevetti comunitario*, in *Dir. Un. eur.*, 2012, p. 367, spec. p. 380.

<sup>3</sup> IANNUCELLI P., *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: quousque tandem?*, in *Dir. Un. eur.*, 2018, p. 281, spec. p. 288.

Corte di giustizia. In sintesi, la giustizia privata è estranea *sia* al modello cooperante che caratterizza l'ordinamento dell'Unione e la sua architettura giurisdizionale *sia* alle procedure in grado di garantire la piena efficacia delle norme dell'Unione.

Su queste basi, sin dalle prime sentenze della Corte di giustizia si radica l'idea che la soluzione di non consentire agli arbitri di avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale deve essere necessariamente bilanciata dal riconoscimento, in capo alle giurisdizioni nazionali, di maggiori poteri di controllo delle decisioni arbitrali, anche ai fini di un eventuale rinvio a Lussemburgo. Si afferma, in altri termini, il principio secondo cui se un arbitro solleva questioni di diritto dell'Unione, il giudice può, e talvolta *deve*, esaminarle nell'ambito del controllo del lodo arbitrale che spetta ad esso in caso di appello, di opposizione, di *exequatur* o di qualsiasi altra impugnazione contemplata dalla normativa nazionale<sup>4</sup>.

L'esigenza di effettività del diritto dell'Unione produce, allora, nell'ambito della giustizia privata, soluzioni incompatibili con le necessità del mercato globale, il quale richiede una giustizia celere e decisioni stabili, predilige l'autonomia e l'autosufficienza della giustizia privata<sup>5</sup>, circoscrivendo i poteri di cognizione del giudice statale sulla decisione finale.

Questa ontologica incompatibilità tra due opposte esigenze ha assunto le vesti di un vero e proprio scontro nella materia degli investimenti, laddove i sistemi arbitrali di risoluzione delle controversie tra Stato e investitore (c.d. meccanismi *Investor-to-State Dispute Settlement*) contemplati dai trattati bilaterali in vigore tra gli Stati membri dell'Unione europea sono stati considerati incompatibili con il diritto primario dell'Unione<sup>6</sup>. In questa prospettiva vanno anche

---

<sup>4</sup> Corte di giustizia, 23 marzo 1982 (C-102/81), *Nordsee*, in *Foro it.*, 1982, IV, c. 357, con nota di TIZZANO A.

<sup>5</sup> Secondo la ricostruzione teorica in forza della quale la giuridicità dell'arbitrato debba essere tratta non da un ordinamento giuridico statale, quello della sede o quello del luogo di esecuzione, bensì da un ordinamento terzo che è qualificato ordinamento giuridico arbitrale. Sull'argomento GAILLARD E., *Aspetti filosofici del diritto dell'arbitrato internazionale*, Edizione e traduzione a cura di DE MARTINIS P., Napoli, 2017, p. 50 ss.

<sup>6</sup> Corte di giustizia, sentenza 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Slowakische Republik contro Achmea BV*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1969, con nota di STELLA M., *Cala il sipario sull'arbitrato degli investimenti "intra-UE": la Corte UE esige che le liti tra investitori e Stati membri siano decise da giudici togati*; CONSOLO C., *Postilla. La foglia di fico del (negato, ma per gli arbitri ICSID ancor più insostenibilmente) rinvio pregiudiziale. Da Denuit ad Achmea*; CIAMPI, *Postilla*.

inquadri gli accordi sul libero scambio stipulati tra l'Unione europea e gli Stati terzi, i quali prediligono meccanismi *lato sensu giurisdizionali* di risoluzione delle controversie nella materia degli investimenti<sup>7</sup>.

Ebbene, l'indicato percorso di «scontro» costituisce l'occasione per una nuova rimediazione sul tema del rapporto tra il diritto dell'Unione e la giustizia privata e, soprattutto, sull'incidenza dell'ordinamento europeo sulla struttura e sulla funzione dell'impugnazione del lodo arbitrale, atteso che il processo d'impugnazione costituisce il principale momento in cui il giudice

---

*Perché il diritto europeo rimanga com'è, la nozione autonoma di "giurisdizione negoziale" deve cambiare; in questa Rivista, 2018, p. 493, con nota di BRIGUGLIO A., Achmea and the Day after Achmea; in Riv. dir. int., 2018, p. 974; in Revue critique de droit international privé, 2018 p. 616, con nota di GAILLARD E., L'affaire Achmea ou les conflits de logiques. Sull'argomento anche FUMAGALLI L., Meccanismi ISDS negli intra-EU BITs: la Corte di giustizia pone fine ad un lungo dibattito. E ora?, in Riv. dir. internaz., 2018, p. 896; HINDELANG S., The Limited Immediate Effects of CJEU's Achmea Judgment, in [www.vesfassungsblog.de](http://www.vesfassungsblog.de); MELCHIONDA L., The European Court of Justice ruling in Achmea v. Slovak Republic: more questions than answers, in Dir. comm. int., 2018, p. 337.*

<sup>7</sup> Il Parlamento europeo, nella risoluzione dell'8 luglio 2015 recante le raccomandazioni della Commissione sui negoziati riguardanti il partenariato transatlantico su commercio e investimenti (TTIP), ha invitato la Commissione a sostituire il sistema arbitrale con un nuovo sistema giurisdizionale per la risoluzione delle controversie tra investitori e Stati, che sia in grado di assicurare il rispetto della giurisdizione dei tribunali dell'Unione e degli Stati membri. La dichiarazione n. 36 della Commissione e del Consiglio, sulla protezione degli investimenti e sul sistema giurisdizionale per gli investimenti, inserita nel verbale del Consiglio relativo alla firma del CETA e allegato alla decisione 2017/37 (la dichiarazione è stata pubblicata su GU 2017, L 11, 20) prevede l'istituzione di un sistema giurisdizionale degli investimenti in sostituzione, nel lungo termine, del Tribunale del CETA e del Tribunale d'appello del CETA. Lo strumento interpretativo comune, siglato dall'Unione europea, dagli Stati membri e dal Canada, prevede, al punto 6, lett. f, che «[i]l CETA si discosta in maniera decisiva dall'approccio tradizionale di risoluzione delle controversie in materia di investimenti e istituisce tribunali indipendenti, imparziali e permanenti, ispirati ai principi dei sistemi giurisdizionali pubblici dell'Unione [...], dei suoi Stati membri e del Canada». Da ultimo, la Corte di giustizia, con il parere 1/17 del 30 aprile 2019 sulla compatibilità, con il diritto dell'Unione, della procedura di risoluzione delle controversie tra gli investitori e gli Stati prevista nel CETA, afferma che i Tribunali istituiti dall'accordo «sono esterni rispetto al sistema giurisdizionale, essi non possono essere legittimati a interpretare o ad applicare le disposizioni del diritto dell'Unione diverse da quelle del CETA, o a pronunciare sentenze che possano avere l'effetto di impedire alle istituzioni dell'Unione di funzionare conformemente al quadro costituzionale di quest'ultima» (Corte di giustizia, 30 aprile 2019, parere 1/17, punto 118).

statale può esercitare un sindacato in punto di diritto dell'Unione, con eventuale intervento pregiudiziale della Corte di giustizia.

Lo scopo ultimo è quello di verificare se e in che misura la posizione attualmente ricoperta dagli organi giurisdizionali interni – posizione riletta alla luce del canone di effettività – possa relativizzare il principio della insindacabilità del lodo per violazione di regole di diritto, laddove l'arbitrato inerisca un settore coperto dalle norme dell'Unione.

A questo punto appare utile dare qualche indicazione più ampia circa l'oggetto delle prossime pagine.

Il *primo capitolo* ospita l'analisi del principio di autonomia processuale degli Stati membri (cfr. paragrafi 1.2 e 1.2.1) e del suo principale limite esterno, vale a dire il canone di effettività (cfr. paragrafo 1.3), al quale si tenterà di attribuire una consistenza autonoma rispetto al diritto alla effettività della tutela giurisdizionale, in relazione vuoi al contenuto, vuoi al fondamento positivo (cfr. paragrafo 1.4 e relativi sottoparagrafi).

Il medesimo capitolo è altresì incentrato sui meccanismi sanzionatori e correttivi delle violazioni del diritto dell'Unione imputabili agli organi giurisdizionali nazionali, *in primis* la violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale, come rimodellato dalla giurisprudenza comunitaria<sup>8</sup> (paragrafi 1.6 e seguenti): sarà ricondotta nell'ambito di tali meccanismi anche la giurisprudenza che relativizza l'autorità del giudicato nazionale allorché incompatibile con il diritto dell'Unione, atteso che le più importanti manifestazioni di tale giurisprudenza hanno come presupposto la violazione dell'obbligo di rinvio a Lussemburgo (cfr. paragrafi 1.9, con relativi sottoparagrafi, e 1.10).

Il *secondo capitolo* è dedicato all'analisi dell'architettura giurisdizionale dell'Unione, composta dalla Corte di giustizia e dagli organi giurisdizionali interni.

Quanto alla prima, l'indagine verrà incentrata sulla funzione della Corte e sul principale strumento di uniformazione ermeneutica,

---

<sup>8</sup> Come è noto, a decorrere dal 1° dicembre 2009, data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la struttura a pilastri è stata superata e la Comunità europea ha cessato di esistere. Le recenti modifiche apportate all'ordinamento dell'Unione europea implicano il superamento dei termini «Comunità» e «comunitario» fino ad ora impiegati per designare il sistema giuridico, la giurisprudenza e gli istituti inerenti alla Comunità. Tuttavia, nel corso nel lavoro i menzionati termini saranno talvolta impiegati, sia pure in modo improprio (ad es., al fine di evitare ripetizioni con le nozioni «dell'Unione», «unionale», *et similia*).



rappresentato dal meccanismo del rinvio pregiudiziale, anche in relazione al discusso tema della natura e dell'efficacia delle sentenze pregiudiziali, con opportune distinzioni tra le sentenze aventi ad oggetto le questioni di validità e quelle relative alle questioni di interpretazione (cfr. paragrafo 2.2 e relativi sottoparagrafi).

Rispetto agli organi giurisdizionali interni, in qualità di giudici decentrati dell'ordinamento dell'Unione, l'esame verrà condotto attraverso due piani di indagine: per un verso, l'influenza che negli ultimi anni il diritto dell'Unione ha esplicato sui *profili strutturali e organizzativi* del «potere giudiziario», dunque sullo *status* degli organi giurisdizionali interni, attraverso la politica di intervento della Commissione europea e la giurisprudenza della Corte di giustizia (quest'ultima la quale ha offerto una interpretazione innovativa dell'art. 19 TUE in relazione sia all'ambito applicativo, sia al contenuto sostanziale della disposizione, cfr. paragrafi 2.4 e 2.4.1); per altro verso, l'incidenza del diritto dell'Unione sui *profili funzionali*, a loro volta legati alle rinnovate attribuzioni degli organi giurisdizionali interni, garanti non solo dell'effettività *della tutela* giurisdizionale dei diritti di derivazione unionale, bensì anche (e soprattutto) dell'effettività della normativa dell'Unione *complessivamente intesa* (c.d. «principio di condivisione della responsabilità»; cfr. paragrafi 2.5, e relativi sotto-paragrafi).

L'indagine verrà conclusa con un tentativo di lettura, di ampio respiro, dell'architettura giurisdizionale dell'Unione, anche al fine di verificare come la medesima possa influire sulla organizzazione giudiziaria dei singoli Stati membri e sulla distinzione tra *funzione giurisdizionale in senso stretto* e *funzione di nomofilachia* (che tradizionalmente riflette il ruolo rispettivamente delle giurisdizioni di merito e di quelle di legittimità; cfr. par. 2.6 e relativi sottoparagrafi, nonché par. 2.7).

Il *terzo capitolo* affronta i diversi profili di interazione tra il diritto dell'Unione e l'arbitrato, vale a dire: *a*) il tema della legittimazione al rinvio pregiudiziale in relazione all'arbitrato convenzionale (anche attraverso il richiamo al dibattito interno circa la rilevanza, rispettivamente, dei profili strutturali ed organici, ovvero di quelli funzionali, ai fini del riconoscimento della legittimazione arbitrale al rinvio innanzi alla Consulta) e all'arbitrato in materia di investimenti esteri (par. 3.2 e relativi sottoparagrafi); *b*) la *quaestio* dei margini di sindacato, nella sede impugnatoria, del *dictum* arbitrale, anche ai fini di un eventuale coinvolgimento pregiudiziale della Corte di giustizia (paragrafi 3.4 e 3.6, con relativi sottoparagrafi).

Come si vedrà, l'esigenza di garantire un controllo giurisdizionale *a posteriori* della decisione arbitrale è dalla giurisprudenza comunitaria soddisfatta attraverso il ricorso alla clausola dell'ordine pubblico, ma si tratta di una opzione non sempre appagante in quanto, per un verso, la soluzione sconta la mutevole consistenza del concetto di «ordine pubblico dell'Unione europea» (anche in regime di contestualità spaziale e temporale, cfr. par. 3.6 e 3.6.1) e, per altro verso, è esposta alle variabili tecniche di sindacato della decisione arbitrale (par. 3.4). Si tenterà, allora, di rinvenire una strada parzialmente diversa, che trae ispirazione dalle soluzioni di diritto interno sperimentate in diversi settori governati da una normativa ad elevato tasso di imperatività (in particolare, il settore societario, quello dei contratti pubblici e quello lavoristico), soluzioni le quali garantiscono l'*arbitrabilità* attraverso una opportuna modulazione dei profili di «tecnica arbitrale» (rispetto alle quali campeggia quella della sindacabilità del lodo per *errores in iudicando in iure*, cfr. paragrafi 3.8 e seguenti, spec. par. 3.9 e relativi sottoparagrafi per la via solutoria proposta rispetto al diritto dell'Unione).

Infine, il *capitolo quarto* si propone di verificare l'esistenza di ulteriori ed eventuali profili di interferenza tra il diritto dell'Unione e i meccanismi che presiedono alla formazione dell'oggetto del giudizio di impugnazione per nullità, al fine di tracciare i margini di «riesaminabilità» delle questioni di diritto dell'Unione pur in presenza di un comportamento acquiescente della parte onerata (spec. paragrafo 4.5 e relativi sottoparagrafi). Queste riflessioni saranno precedute da una disamina complessiva della struttura dell'impugnazione per nullità e degli strumenti di devoluzione della materia logica dal giudizio arbitrale alla sede impugnatoria (cfr. paragrafi 4.2, 4.3 con annessi sottoparagrafi, 4.4 e relativi sottoparagrafi). Per concludere, verranno analizzate le caratteristiche del sindacato giurisdizionale sugli *errores in iudicando* commessi dagli arbitri, anche al fine di tracciare le differenze tra la struttura del sindacato per errori di giudizio e le tecniche di controllo del lodo per non contrarietà all'ordine pubblico (spec. paragrafo 4.6 con relativi sottoparagrafi, nonché 4.7 per alcune riflessioni conclusive).

## PRIMA PARTE

LA FUNZIONE DEL GIUDICE NAZIONALE  
NELL'ARCHITETTURA GIURISDIZIONALE DELL'UNIONE:  
LINEAMENTI GENERALI



# Capitolo 1

## I PROFILI STRUTTURALI DELL'INTEGRAZIONE PROCESSUALE: IL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ, L'«AUTONOMIA PROCESSUALE» E LA COOPERAZIONE IN FORMA COATTIVA.

SOMMARIO: 1.1 Premessa. – 1.2 «Autonomia procedurale» e «autonomia processuale»: problemi definatori e ricostruttivi del relativo fondamento teorico. – 1.2.1 L'incidenza della *primauté* del diritto dell'Unione sugli ordinamenti processuali degli Stati membri e le tecniche di ricognizione delle antinomie nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 1.3 I parametri di valutazione del diritto processuale nazionale: i principi di effettività e di equivalenza. – 1.4 Il concetto di «effettività» rilevante nell'indagine sull'autonomia processuale degli Stati membri. – 1.4.1 La distinzione tra il «principio di effettività» del diritto dell'Unione e il «diritto alla tutela giurisdizionale effettiva» delle posizioni di vantaggio di derivazione comunitaria. – 1.4.2 La connotazione «oggettiva» del principio di effettività: una proposta definitoria alla luce della dottrina della Corte di giustizia. – 1.4.3 La salvaguardia del corretto funzionamento del sistema giurisdizionale dell'Unione attraverso la limitazione dell'autonomia processuale: la sentenza *Factortame* quale prima ipotesi applicativa del principio di effettività nella sua connotazione oggettiva. – 1.4.4 L'incidenza del canone di effettività del diritto dell'Unione sui procedimenti a struttura impugnatoria: l'approccio casistico e il c.d. «test di compatibilità». – 1.5 La risoluzione dei conflitti (anche) nella materia processuale: l'incerto confine tra l'interpretazione conforme e la disapplicazione vera e propria. – 1.5.1 La sentenza *Océano Grupo* tra «efficacia interpretativa» ed «efficacia applicativa» della direttiva non trasposta nei termini. – 1.6 Una premessa sulla «cooperazione in forma coattiva». – 1.7 I problemi connessi alla responsabilità risarcitoria dello Stato per fatto del giudice supremo e la questione della configurabilità della responsabilità nei casi di violazione

dell'obbligo di rimessione pregiudiziale. – 1.7.1 La connessione tra violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e responsabilità risarcitoria: una schematizzazione. L'omissione del rinvio pregiudiziale quale possibile ipotesi ampliativa della responsabilità risarcitoria anche per atti imputabili agli organi giurisdizionali non di ultima istanza. – 1.7.2 La sentenza *Traghetti del Mediterraneo* e il problema della sovrapposizione tra l'illecito giudiziario in senso proprio e l'illecito comunitario dello Stato. – 1.8 La procedura di infrazione quale ipotesi sanzionatoria percorribile nei casi di violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale. – 1.9 L'incidenza del diritto dell'Unione sui provvedimenti giurisdizionali interni assistiti dall'autorità del giudicato. – 1.9.1 Il superamento del giudicato interno in conseguenza della violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale. – 1.9.2 La sorte del giudicato nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione in materia di aiuti di Stato e le ulteriori sentenze della Corte di giustizia sull'articolo 2909 del codice civile italiano. – 1.9.3 La preclusione del giudicato nell'ordinamento spagnolo e l'impiego del canone di effettività: una lettura congiunta delle sentenze *Asturcom* e *Finanmadrid*. – 1.9.4 Una sistematizzazione delle pronunce relative all'incidenza del diritto dell'Unione sui provvedimenti nazionali assistiti dall'autorità del giudicato. – 1.10 Conclusioni (di breve periodo).

## 1.1 Premessa.

Il principio dell'«autonomia procedurale» degli Stati membri, elaborato da più di quarant'anni e ormai ben consolidato nella giurisprudenza della Corte di giustizia, assume un ruolo di primaria importanza nell'odierna esperienza giuridica, in ragione del crescente grado di integrazione tra il diritto dell'Unione e gli ordinamenti giuridici nazionali<sup>9</sup> e della rinnovata funzione degli organi giurisdizionali degli Stati membri nell'architettura istituzionale dell'Unione<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> CANNIZZARO E., *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, p. 659.

<sup>10</sup> IANNUCELLI P., *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: quousque tandem?*, in *Dir. Un. eur.*, p. 281, il quale evidenzia che la rinnovata architettura giurisdizionale dell'Unione (su cui v. capitolo II) riflette le complesse relazioni esistenti tra l'ordinamento dell'Unione e quello dei singoli Stati membri. In proposito, è noto che la Corte di giustizia ha assunto, a partire dalla sentenza 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *Van Gend en Loos*, un orientamento monista quanto al rapporto tra diritto dell'Unione e diritto statale,

Il menzionato principio trova probabilmente il suo principale fondamento nella concezione essenzialmente sostanziale del diritto dell'Unione, alla luce della quale gli ordinamenti processuali degli Stati membri partecipano – sulla scorta di una sorta di delega implicita – al processo di concretizzazione delle situazioni giuridiche soggettive prodotte nella dimensione sovranazionale<sup>11</sup>. Per vero, l'ordinamento dell'Unione, sul presupposto della cooperazione circolare che coinvolge la Corte di giustizia e gli organi giurisdizionali degli Stati membri, ha progressivamente delineato regole e principi idonei ad incidere in modo sostanziale sulla disciplina processuale nazionale<sup>12</sup>.

Anticipando quanto sarà dimostrato *principaliter* in seguito, la compressione dell'autonomia processuale degli Stati membri si giustifica spesso per la necessità di assicurare esigenze di natura sistematica, in particolare il corretto funzionamento del sistema giurisdizionale dell'Unione e l'effetto utile della normativa sovranazionale, sicché la dimensione processuale tende ad assumere una posizione di subalternità rispetto alle esigenze di effettività del diritto dell'Unione complessivamente inteso.

Onde fornire le premesse teoriche e sistematiche necessarie all'indagine dell'incidenza del diritto dell'Unione sull'arbitrato, nelle prossime righe troveranno albergo: a) l'analisi delle diverse concezioni relative al rapporto tra il diritto dell'Unione e i sistemi processuali nazionali, le quali a loro volta incidono sulla portata e sul fondamento teorico del sistema dei limiti all'autonomia processuale degli Stati membri; b) l'esame del *principio di effettività* del diritto dell'Unione, al fine di fornire una definizione del medesimo che sia coerente con la giurisprudenza comunitaria degli ultimi anni, anche attraverso la ricostruzione dei profili di autonomia del predetto principio rispetto, per un verso, al diritto alla effettività della tutela giurisdizionale e, per altro verso, ai principi strutturali

---

in virtù del quale il primo produce effetto diretto, si integra autonomamente prevalendo sul secondo, ancorché di rango costituzionale, inoltre la sua validità non dipende dalle leggi statali di esecuzione dei Trattati. In sintesi, il diritto dell'Unione «vive di vita propria, quale ordinamento originario, che delimita e circoscrive le competenze degli Stati» (ITZCOVICH G., *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Milano, 2006, p. 320).

<sup>11</sup> CANNIZZARO E., *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, p. 656, spec. p. 663; AMEDEO S., *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002, p. 306.

<sup>12</sup> MAFFEO A., *Diritto dell'Unione europea e processo civile nazionale*, Napoli, 2019, p. 38.

dell'ordinamento dell'Unione, quali il primato e l'effetto diretto; c) l'analisi dei meccanismi di intervento *post* violazione del diritto dell'Unione, al fine di verificare se e con quali varianti i medesimi possano trovare applicazione innanzi alle infrazioni imputabili agli organi giurisdizionali nazionali.

### **1.2 «Autonomia procedurale» e «autonomia processuale»: problemi definatori e ricostruttivi del relativo fondamento teorico.**

Il primo aspetto da cui partire attiene al profilo definitorio e alla distinzione tra «autonomia procedurale» e «autonomia processuale» degli Stati membri, concetti talvolta sovrapposti nel dibattito dottrinale.

L'espressione «autonomia procedurale» si identifica con la competenza degli Stati membri a «sanzionare» il rispetto del diritto dell'Unione, laddove il termine «sanzione» indica «l'insieme degli strumenti di coercizione giuridica che, in ogni Stato membro, assicurano il rispetto del diritto»<sup>13</sup>. Più sinteticamente, si può parlare di autonomia in ordine alla scelta dei mezzi finalizzati a garantire l'effettiva attuazione del diritto dell'Unione e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive di vantaggio attribuite ai singoli. Detta definizione è idonea a ricomprendere strumenti di natura sostanziale e processuale ed interessa, quindi, un campo di indagine più ampio rispetto alla sola dimensione processuale, la quale integra la locuzione «autonomia *processuale*» e concerne, più nello specifico, l'ambito di discrezionalità di cui godono gli Stati membri nell'organizzazione del sistema giurisdizionale interno.

In conclusione, dal punto di vista figurativo le espressioni autonomia procedurale e autonomia processuale rappresentano due cerchi concentrici: la prima contiene la seconda e ricomprende tutti gli strumenti *lato sensu* coercitivi, anche di natura sostanziale, funzionali

---

<sup>13</sup> GALETTA D. U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009, p. 15. L'A. richiama la definizione fornita da MERTENS DE WILMARS J., *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, in *Cahiers de droit européen*, 1981, p. 379 ss., spec. p. 390.



a garantire il rispetto dell'ordinamento eurounitario<sup>14</sup>; la seconda interessa la specifica dimensione processuale.

Il principio di autonomia processuale discende logicamente dalla concezione essenzialmente sostanziale del diritto dell'Unione, in forza del quale spetta a quest'ultimo ordinamento definire presupposti e contenuti delle situazioni giuridiche soggettive mentre agli ordinamenti nazionali è demandata la predisposizione delle garanzie processuali necessarie e strumentali al loro concreto esercizio<sup>15</sup>. In questa prospettiva, i diritti e gli obblighi assicurati dall'ordinamento dell'Unione sono prodotti in una dimensione sovranazionale ma subiscono parte del processo di concretizzazione nell'ordinamento dei singoli Stati membri<sup>16</sup>.

Nel dibattito dottrinale è prevalsa l'opinione secondo la quale la base giuridica del principio di autonomia processuale andrebbe individuata nel «principio di attribuzione», in forza del quale «l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti» e qualsiasi altra competenza appartiene agli Stati membri (art. 5, co. 1 e 2, TUE)<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> GALETTA D. U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 5.

<sup>15</sup> AMEDEO S., *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002, p. 306. Come è stato rilevato, l'autonomia procedurale «può essere vista come la conseguenza della asimmetria che si produce fra le posizioni soggettive garantite dal diritto dell'Unione europea e la loro proiezione sul piano dei rimedi processuali» posto che il più delle volte «le posizioni soggettive assicurate dal diritto dell'Unione vivono solo nella loro dimensione sostanziale» e «non sono assistite da strumenti relativi alla fase procedurale, alla fase cioè del loro accertamento e delle garanzie procedurali» (CANNIZZARO E., *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, cit., p. 663).

<sup>16</sup> CANNIZZARO E., *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, cit., p. 663.

<sup>17</sup> MAFFEO A., *Diritto dell'Unione europea e processo civile nazionale*, cit., p. 41. L'art. 5, co. 2, TUE opera come norma di rinvio simultaneo a tutte le competenze che i Trattati attribuiscono all'Unione e tra queste vanno annoverate sia quelle cui i Trattati fanno espresso riferimento, sia quelle cui è fatto un rinvio implicito (Corte di giustizia, sentenza 9 luglio 1987, *Germania e a c. Commissione*, cause riunite C-281, 283-285 e 287/85, in *Racc.*, p. 3203 ss.). La competenza dell'Unione può altresì fondarsi sulla clausola di flessibilità di cui all'art. 352 TFUE, la quale prevede una formale procedura per l'ampliamento dei poteri che, seppur non espressamente attribuiti, sono tuttavia necessari per la realizzazione dei fini assegnati all'organizzazione dei medesimi trattati. La norma consente, così, una integrazione dei poteri delle istituzioni, da effettuarsi nel rispetto dei limiti e delle

Invero, sebbene l'articolo 4, par. 2, lett. i), TFUE collochi lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel novero delle materie di competenza concorrente, in cui sia l'Unione che i singoli Stati membri possono legiferare, il successivo articolo 81 sembra circoscrivere l'intervento normativo dell'Unione europea alle sole controversie con implicazioni transnazionali<sup>18</sup>. Da questo punto di vista, tuttavia, non va trascurato che l'articolo 81 TFUE è stato utilizzato come autonoma base giuridica per diversi interventi tesi ad armonizzare le regole processuali nazionali pur in assenza di «implicazioni transnazionali», sicché tale inciso è interpretato dalle istituzioni europee in modo tendenzialmente ampio e flessibile<sup>19</sup>.

Questa opzione, che poggia sul riparto di competenze tra diritto sostanziale dell'Unione e diritto processuale interno, evoca la c.d. *impostazione integrazionista*, la quale «tende a concepire la normativa sostanziale comunitaria e la normativa processuale degli Stati membri come parti di un'unica esperienza giuridica nella quale il diritto nazionale diventa strumento di garanzia del diritto comunitario assicurandone la coerenza ordinamentale»<sup>20</sup>. L'accoglimento integrale

---

condizioni previste dalla stessa norma. Sull'argomento TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, 95 s.

<sup>18</sup> Sul punto BIAVATI P., *Il futuro del diritto processuale di origine europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 859 ss., spec. p. 861 ss.; GASCÓN INCHAUSTI F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Madrid, 2018, p. 12 ss.; ALFONSO GARCÍA R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, IV ed., Madrid, 2014, pp. 104 ss. Secondo parte della dottrina (spec. GALETTA D. U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 12 s.) nei Trattati attualmente in vigore non sarebbe possibile individuare una specifica base giuridica su cui fondare la competenza dell'Unione in materia procedurale, né una competenza implicita.

<sup>19</sup> MAFFEO A., *Diritto dell'Unione europea e diritto processuale civile nazionale: verso l'adozione di norme minime comuni?*, reperibile al seguente indirizzo

[http://www.dirittounioneeuropa.eu/Tool/Evidenza/Single/view\\_html?id\\_evidenza=132](http://www.dirittounioneeuropa.eu/Tool/Evidenza/Single/view_html?id_evidenza=132). Su questo filone, da ultimo, la Risoluzione del Parlamento europeo del 4 luglio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme minime comuni di procedura civile nell'Unione europea, laddove si afferma che il concetto di «implicazioni transnazionali» nel testo dell'articolo 81, paragrafo 1, TFUE, il quale legittima l'adozione di misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, dovrebbe essere interpretato nel senso più ampio e quindi non come sinonimo di «contenzioso transnazionale» (cfr. punto 11 della Raccomandazione, che può essere consultata al seguente indirizzo [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0282\\_IT.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0282_IT.html)).

<sup>20</sup> CANNIZZARO E., *Sui rapporti tra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 449 ss., il quale aggiunge che questa,

di tale impostazione implica che il diritto dell'Unione può contare *unicamente* sugli strumenti processuali esistenti negli Stati membri, sicché non sarebbe concepibile, sul piano teorico, la disapplicazione nelle norme processuali interne che possano interferire con la normativa sostanziale dell'Unione<sup>21</sup>.

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia il principio di autonomia processuale è motivato dall'obbligo di leale cooperazione enunciato nell'articolo 4, par. 3, TUE<sup>22</sup>, atteso che in più occasioni si è affermato che «è compito dei giudici nazionali, secondo il principio di collaborazione [...] garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario»<sup>23</sup>. Ma, soprattutto, il fondamento è individuato nell'assenza di misure di armonizzazione adottate dall'Unione nella materia processuale<sup>24</sup>. Quest'ultimo inciso, quasi sempre presente nelle sentenze della Corte di giustizia, dimostra che l'assenza di una disciplina processuale uniforme nello spazio giuridico europeo rappresenta la *conditio sine qua non* per l'applicazione del diritto processuale degli Stati membri<sup>25</sup>, sicché l'autonomia processuale può affievolirsi o scomparire del tutto nella

---

verosimilmente, è l'impostazione alla quale si è ispirata la Corte di giustizia nel delineare il principio dell'autonomia processuale degli Stati membri. La teoria è richiamata anche da CARRATTA A., *Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione europea e processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1403.

<sup>21</sup> Come evidenziato da CANNIZZARO E., *op. ult. cit.*, p. 449, seguendo tale impostazione, «non vi sarebbe spazio per pensare che il diritto comunitario debba godere di garanzie processuali diverse rispetto a quelle assicurate all'attuazione di norme interne», per poi aggiungere che si tratta di una prospettiva non del tutto accettabile «dato che gli strumenti processuali di garanzia ben possono interferire con l'applicazione della normativa sostanziale attenuandone o pregiudicandone l'effettività».

<sup>22</sup> «[S]econdo il principio della collaborazione, enunciato dall'art. 5 del trattato, è ai giudici nazionali che è affidato il compito di garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta» (Corte di giustizia, sentenza 16 dicembre 1976, causa C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz*, punto 5). Sul punto FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008, p. 104 ss.

<sup>23</sup> Corte di giustizia, sentenza 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*, in *Racc.*, 2473, e in *Foro it.*, 1992, IV, c. 498. Nello stesso senso anche sentenza 16 dicembre 1976, *Rewe*, cit., punto 5.

<sup>24</sup> Corte di giustizia, sentenza 16 maggio 2000, causa C-78/98, *Shirley Preston e a.*, punto 31; sentenza 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro contro Centro Móvil Milenium SL.*, punto 24.

<sup>25</sup> VITALE G., *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea. L'autonomia procedurale degli Stati membri in settori a diverso livello di "europeizzazione"*, Firenze, 2010, p. 20.

misura in cui la competenza in materia processuale è esercitata dall'Unione attraverso l'adozione di atti di diritto derivato recettive di misure di armonizzazione<sup>26</sup>.

Questo paradigma concettuale determina un mutamento di prospettiva rispetto alla concezione fondata esclusivamente sul riparto di competenze. Invero, l'autonomia processuale degli Stati membri viene riconosciuta in ragione dell'esistenza, nell'ordinamento dell'Unione, di posizioni soggettive complete dal punto di vista sostanziale ma prive di un sistema processuale adeguato. In altre parole, essa sarebbe il frutto di una (implicita) competenza delegata che gli Stati membri esercitano nell'interesse dell'Unione<sup>27</sup>: il diritto processuale nazionale svolge, attraverso l'esercizio di tale competenza delegata, una funzione di completamento delle posizioni giuridiche derivanti dall'ordinamento dell'Unione e, in una prospettiva più ampia, diventa parte del processo di attuazione di tale ordinamento sovranazionale<sup>28</sup>.

La indicata prospettiva, che evoca la c.d. *concezione internazionalista*<sup>29</sup>, è idonea a legittimare e giustificare *di per sé*

---

<sup>26</sup> GALETTA D. U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, cit., p. 5. Sul punto anche JULIÀ BARCELÓ, M. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, *Lecciones de derecho de la Unión Europea*, Barcellona, 2008, p. 240, dove si inquadra il principio dell'autonomia procedurale nell'ottica del principio di sussidiarietà. In argomento anche ASTONE F., *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999, p. 232 ss.; PICOZZA E., *L'effettività della tutela giurisdizionale nel processo amministrativo rispetto al diritto comunitario*, in ID. (a cura di), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 1997, p. 1.

<sup>27</sup> CANNIZZARO E., *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, cit., p. 665.

<sup>28</sup> CANNIZZARO E., *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, cit., p. 448.

<sup>29</sup> Secondo questa impostazione, «le posizioni soggettive derivanti dal diritto comunitario, pur se destinate ad operare negli ordinamenti nazionali, non si integrano in essi ma si impongono piuttosto dall'esterno dell'ordinamento dello Stato. Essi costituiscono, in termini tecnici, una articolazione di un obbligo che si indirizza allo Stato e che questi è chiamato, attraverso il proprio ordinamento processuale, ad attuare» (CANNIZZARO E., *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, cit., p. 450). L'A. aggiunge che la Corte di giustizia sembra fare uso di entrambe le impostazioni sopra viste: l'impostazione integrazionista è utilizzata per risolvere i conflitti di tipo normativo, tra una norma comunitaria superiore e una norma nazionale inferiore; al contrario, nelle situazioni in cui il funzionamento dei meccanismi processuali si risolve in un ostacolo alla effettiva applicazione del diritto comunitario, la Corte adotta uno schema più spiccatamente internazionalista, nel quale il metro per valutare la compatibilità tra il

eventuali limiti all'autonomia processuale<sup>30</sup>. Invero, se quest'ultima è motivata dalla esigenza di assicurare l'effettività di norme sostanziali dell'Unione, tale necessità giustifica altresì la corrispondente compressione dell'autonomia processuale, ove i rimedi nazionali non soddisfino i parametri di adeguatezza individuati di volta in volta dalla Corte del Lussemburgo<sup>31</sup>. In altri termini, i limiti all'autonomia processuale degli Stati membri rappresentano, secondo questa prospettiva, delle reazioni dell'ordinamento dell'Unione all'inesatto esercizio della delega implicita da parte degli Stati membri.

Ciò che si ricava, sia pure indirettamente, da tale paradigma concettuale è che l'Unione potrebbe possedere una competenza in materia processuale molto ampia se disciplinasse non solo gli aspetti sostanziali ma anche quelli processuali delle situazioni giuridiche assicurate dalle proprie norme. Ragion per cui la competenza processuale dell'Unione sarebbe suscettibile di estendersi ben oltre il campo delle controversie con implicazioni transnazionali, come sembrerebbe ricavarsi dall'articolo 81 TFUE.

---

diritto comunitario e i sistemi processuali nazionali sarebbe dato dal criterio di effettività della tutela.

<sup>30</sup> «In una concezione di questo tipo, evidentemente, qualsiasi meccanismo processuale nazionale è suscettibile di venire in contrasto con il diritto comunitario per il solo fatto di ostacolare o alterare la piena realizzazione delle posizioni soggettive fondate su di esso» (CANNIZZARO E., *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, cit., p. 448).

<sup>31</sup> CANNIZZARO E., *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 449 e 450. Sembra collocarsi in questa prospettiva CARRATTA A., *Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione europea e processo civile*, cit., p. 1403 ss., spec. p. 1407, il quale evidenzia che «in quest'operazione i due ordinamenti non sono in posizione paritaria: la formulazione della norma sostanziale da parte dell'Unione impone anche agli Stati membri la necessità di collaborare con l'ordinamento sovranazionale nel rendere effettiva la norma sostanziale predisposta, attraverso gli strumenti a sua disposizione, *in primis* la disciplina processuale. Si comprende bene, di conseguenza, che, laddove emergesse che, nell'esercizio della sua autonomia processuale, il singolo ordinamento statale sia venuto meno a tale obbligo di collaborazione, ed anzi utilizzi istituti processuali che intralciano o ostacolano la realizzazione effettiva degli obiettivi del diritto sostanziale sovranazionale, esso è destinato a soccombere e a cedere il passo perché si ristabilisca la leale collaborazione con l'ordinamento sovranazionale».

### 1.2.1 *L'incidenza della primauté del diritto dell'Unione sugli ordinamenti processuali degli Stati membri e le tecniche di ricognizione delle antinomie nella giurisprudenza della Corte di giustizia.*

Per la verità, il principio dell'«autonomia procedurale» appare influenzato non tanto (o almeno non solo) dai diversi paradigmi concettuali idonei ad illustrare il rapporto tra l'ordinamento dell'Unione e quello degli Stati membri, quanto soprattutto dai principi strutturali dell'ordinamento dell'Unione, quali il primato, l'effetto diretto e il connesso obbligo di disapplicazione.

È ben noto che il principio del primato<sup>32</sup> si produce per tutte quelle disposizioni che siano qualificabili come direttamente applicabili<sup>33</sup>,

---

<sup>32</sup> La dottrina del primato pone una regola atta a risolvere le antinomie fra il diritto dell'Unione e il diritto nazionale sulla base del principio della prevalenza del primo. Si tratta di una prevalenza assoluta, non suscettibile di eccezioni, e in base ad essa anche una norma secondaria di diritto dell'Unione dovrebbe prevalere finanche rispetto alle norme nazionali di rango costituzionale. Il principio del primato è compiutamente enunciato dalla Corte di giustizia nella notissima sentenza 15 luglio 1964, causa C-6/64, *Costa c. Enel*, in *Racc.*, 1127, dove si sottolinea «l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettati a condizioni di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale peraltro non potrà essere opponibile all'ordine comune» e che «il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scocco il fondamento giuridico della stessa Comunità». Il principio è successivamente precisato nella sentenza 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Simmenthal*, in *Racc.*, 629 e in *Foro it.*, 1978, IV, c. 201, laddove si afferma che le norme comunitarie «devono esplicare la pienezza dei loro effetti, in maniera uniforme in tutti gli Stati membri» in quanto «fonte immediata di diritti e di obblighi per tutti coloro ch'esse riguardano, siano questi gli Stati membri ovvero i singoli». Si afferma, inoltre, che «questo effetto riguarda anche tutti i giudici che, aditi nell'ambito della loro competenza, hanno il compito, in quanto organo di uno Stati membro, di tutelare i diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario» e che qualsiasi giudice nazionale adito «ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla normativa comunitaria». Al termine di un dibattito giurisprudenziale durato circa venti anni la Corte costituzionale, con la sentenza 8 giugno 1984, n. 170, *Granital*, in *Foro it.*, 1984, I, 2063, ha sancito anche nel nostro ordinamento il principio del primato e della diretta applicabilità del diritto dell'Unione.

<sup>33</sup> Vale a dire nella idoneità della normativa comunitaria a creare diritti e obblighi direttamente e utilmente in capo ai singoli, persone fisiche o giuridiche. L'effetto diretto si risolve, in termini pratici, nella possibilità per il singolo di far valere direttamente dinanzi al giudice nazionale la posizione giuridica soggettiva

vale a dire quelle disposizioni che presentano un contenuto sufficientemente chiaro, preciso e la cui applicabilità non è condizionata all'emanazione di ulteriori atti, esecutivi o integrativi<sup>34</sup>.

---

vantata in forza della normativa comunitaria (TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 165). La giurisprudenza sull'effetto diretto è nata con la sentenza 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *Van Gend en Loos*, cit., dove la Corte ha riconosciuto l'idoneità della norma a produrre effetti diretti alla luce non solo del tenore letterale ma anche della sua finalità. Nella sentenza si afferma che i Trattati non si limitano a prevedere obblighi in capo agli Stati contraenti ma hanno istituito «un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini». Ne consegue che «il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi» e detti diritti sussistono «non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle istituzioni comunitarie».

<sup>34</sup> Tali sono anzitutto, oltre ad alcune norme dei Trattati così qualificate dalla Corte di giustizia, i regolamenti e le decisioni, nonché le direttive qualora siano caratterizzate nel senso indicato. Invero, la Corte ha in più occasioni ribadito il principio secondo cui «in tutti i casi in cui talune disposizioni di una direttiva appaiono, sotto il profilo sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia recepito tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale, sia che l'abbia recepita in modo inadeguato» (sentenza 23 febbraio 1994, causa C-236/92, *Comitato per il coordinamento della difesa della Cava c. Regione Lombardia*, in *Racc.*, 483). In particolare, la Corte ha avuto modo di chiarire che «[u]na norma comunitaria è incondizionata se stabilisce un obbligo non soggetto ad alcuna condizione né subordinato, per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti, all'emanazione di alcun atto da parte delle istituzioni della Comunità o degli Stati membri», mentre «una norma è sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo e applicata dal giudice allorché sancisce un obbligo in termini non equivoci» (Corte di giustizia, sentenza *Comitato di coordinamento per la difesa della Cava e altri contro Regione Lombardia e altri*, cit., punti 9 e 10). In tale ultimo caso, come è noto, si parla di *effetto diretto verticale*, per sottolineare la invocabilità della direttiva non tempestivamente o non correttamente trasposta solo nei confronti dello Stato, non anche nei confronti degli altri individui (sul punto TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 174 ss.). Detta limitazione si giustifica in considerazione della natura cogente della direttiva solo nei confronti dello Stato membro cui è rivolta (Corte di giustizia, sentenza 26 febbraio 1986, causa C-152/84, *Marshall*, punti 48 e 49), nonché dalla natura sanzionatoria di detta efficacia diretta, onde evitare che lo Stato possa trarre vantaggio dalla sua trasgressione del diritto comunitario. Con riferimento alle direttive non suscettibili di produrre effetti diretti, la Corte di giustizia ha precisato che «il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale quanto più è possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva per conseguire il risultato perseguito da

Basti qui ricordare la notissima sentenza *Simmenthal*<sup>35</sup>, laddove la Corte di giustizia ebbe ad affermare che «in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno agli Stati membri, [...] di rendere *ipso iure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale»<sup>36</sup>, sia essa preesistente o successiva.

Detta sentenza ha definito per la prima volta le conseguenze del principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno e ha realizzato una saldatura tra tale principio e quello degli effetti diretti, in virtù della quale il secondo assolve ad una funzione di limite nei confronti del primo, fungendo da condizione per l'operatività della *primauté*<sup>37</sup>, nella parte in cui comporta la disapplicazione del diritto nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione<sup>38</sup>.

In forza del gioco combinato del principio del primato con quello dell'effetto diretto, la norma comunitaria riceve *ipso iure* lo statuto di diritto positivo nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, sostituendosi alla norma interna nelle materie da essa regolate.

Si tratta ora di verificare se, e in che misura, la *primauté* del diritto dell'Unione possa contribuire a delineare e ridefinire i margini di autonomia degli Stati membri in relazione ai rispettivi ordinamenti processuali.

In proposito è possibile prospettare un duplice punto di vista.

---

quest'ultima» svolgendo, quindi, una funzione interpretativa del diritto nazionale (sentenza 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*; sentenza 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, in *Racc.*, 4315 e in *Foro it.*, 1992, IV, c. 173, con nota di DANIELE L., *Novità in tema di efficacia delle direttive comunitarie non attuate*). Inoltre, la direttiva non trasposta o non correttamente trasposta e priva di effetti diretti costituisce un parametro di legittimità della legge nazionale con essa contrastante, rilevabile a mezzo di una procedura di infrazione (TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., 182).

<sup>35</sup> Corte di giustizia, sentenza 9 marzo 1978, *Simmenthal*, cit.

<sup>36</sup> Corte di giustizia, sentenza 9 marzo 1978, *Simmenthal*, cit., punto 17.

<sup>37</sup> RASI A., *Gli effetti diretti e il primato del diritto dell'Unione: una correlazione a geometria variabile*, in *Dir. Un. eur.*, 2018, 555, spec. 561.

<sup>38</sup> Invero, le norme europee non suscettibili di produrre effetti diretti pur prevalendo sull'intera normativa nazionale in virtù del principio del primato, non determinano l'inapplicabilità *ipso iure* delle norme nazionali con loro in conflitto (RASI A., *op. cit.*, p. 560). Con riferimento all'ordinamento italiano, la norma priva di effetto diretto potrà essere sottoposta alla Corte costituzionale affinché verifichi l'eventuale violazione degli articoli 11 e 117 della Costituzione.



Secondo il primo, la *primauté* del diritto dell'Unione non potrebbe, in linea generale, rappresentare un limite all'autonomia processuale, perché l'assenza di misure sovranazionali di armonizzazione – che, come detto costituisce, il presupposto dell'anzidetta autonomia – escluderebbe alla radice la possibilità di configurare antinomie (giuridicamente rilevanti) tra il diritto dell'Unione e la normativa processuale nazionale suscettibili di provocare la disapplicazione della seconda attraverso l'impiego del principio del primato<sup>39</sup>.

Dunque, il principio del primato: *a)* in linea di massima, potrebbe acquisire rilevanza in ambito processuale solo *in modo indiretto* e non con riferimento all'effetto, da esso prodotto, di rendere inapplicabili una o più norme nazionali incompatibili; *b)* in presenza di misure di armonizzazione, ossia in via residuale, opererebbe *in modo diretto*, determinando la sostituzione delle anzidette misure alle disposizioni interne aventi il medesimo ambito di applicazione<sup>40</sup>.

L'impostazione, probabilmente, trascura di considerare che il principio del primato è una tecnica di risoluzione delle antinomie che presuppone logicamente il preventivo accertamento dell'esistenza di conflitti normativi tra il diritto dell'Unione e quello degli Stati membri<sup>41</sup>, il quale – almeno secondo un certo punto di vista –

---

<sup>39</sup> Si rinviene tale impostazione in GALETTA D. U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 19 ss.

<sup>40</sup> Senonché, laddove l'armonizzazione sia realizzata con lo strumento della direttiva, come spesso accade, il principio del primato può venire in rilievo solo se la medesima presenta un contenuto sufficientemente chiaro e non condizionato.

<sup>41</sup> ARENA A., *Sul carattere "assoluto" del primato del diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 317 ss., spec. p. 324. In proposito giova richiamare le parole dell'A. (ARENA A., *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea. Esercizio delle competenze e ricognizione delle antinomie tra diritto derivato e diritto nazionale*, Napoli, 2013, p. 40), il quale sintetizza in questi termini la definizione e gli effetti della *preemption*: «[i]l principio della *preemption* è lo strumento analitico-argomentativo utilizzato per determinare se una norma nazionale confligge con una norma vincolante contenuta in un atto di diritto derivato, affinché tale antinomia possa essere risolta attraverso l'applicazione del principio del primato. Una volta accertata l'esistenza di una antinomia, la norma nazionale dovrà essere modificata o abrogata in virtù del principio di leale collaborazione, ovvero, se la confliggente norma dell'Unione è dotata di effetto diretto, immediatamente disapplicata dai giudici e dalle amministrazioni nazionali. Il principio della *preemption*, quindi, consente di individuare l'ambito di applicazione materiale del principio del primato in relazione a ciascun atto di diritto derivato, ossia l'area in cui l'esercizio delle competenze statali darebbe luogo ad antinomie rispetto a tale atto». Trattasi, in particolare, della concezione «olistica» della *preemption*, in virtù della quale quest'ultima è legata al

avverrebbe attraverso l'impiego di paradigmi di ragionamento speculari a quelli della *doctrine of federal preemption*<sup>42</sup>. Partendo da tale impostazione, si giungerebbe a riconoscere che i conflitti rilevanti nella prospettiva unionale sono non solo quelli diretti, coinvolgenti due disposizioni che presentano un contenuto uguale e contrario, bensì anche quelli indiretti, comprensivi delle disposizioni nazionali che pur avendo un oggetto diverso rispetto a quello della normativa sovranazionale, siano suscettibili di compromettere le finalità e il funzionamento di quest'ultima<sup>43</sup>.

---

principio del primato, pur trattandosi di due principi diversi: la *preemption* precede e condiziona il principio del primato, in quanto permette di accertare se sussiste una antinomia tra il diritto dell'Unione e il diritto nazionale, laddove il primato determina come tale conflitto debba essere risolto. A tale impostazione si contrappone la concezione «atomistica», in virtù della quale *preemption* e primato trovano applicazione a fattispecie diverse. Secondo questa prospettiva, il principio della *preemption* riguarda i soli casi in cui l'azione statale è preclusa per il fatto di interessare un'area di competenza esclusiva dell'Unione (*ab origine* o per esercizio), sicché non opera il principio del primato. Al contrario, se la norma nazionale non riguarda un settore coperto da competenza esclusiva dell'Unione, occorre valutare la conformità al diritto derivato e risolvere eventuali conflitti in base al principio del primato. Nel primo caso opera in via esclusiva in principio della *preemption*, nel secondo caso, sempre in via esclusiva, il principio del primato. Sul punto, per un dettagliato esame delle due impostazioni, ARENA A., *op. ult. cit.*, pp. 36 s.

<sup>42</sup> Vale a dire la dottrina sviluppata a partire dal XIX secolo nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, ed indica gli effetti preclusivi prodotti dall'intervento federale sui poteri degli Stati. In particolare, declinata nell'ambito del diritto dell'Unione, risulta prevalente nella più recente dottrina la «concezione legislativa», in virtù della quale il fenomeno della *preemption* concerne lo svuotamento delle competenze statali a seguito dell'esercizio da parte dell'Unione delle proprie competenze, mediante l'adozione di atti vincolanti di diritto derivato. Tale concezione della *preemption* interessa le competenze dell'Unione che non siano esclusive, in particolare le competenze concorrenti che si trasformerebbero in esclusive a seguito del loro esercizio da parte dell'Unione (c.d. esclusività per esercizio). Sul punto ARENA A., *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea. Esercizio delle competenze e ricognizione delle antinomie tra diritto derivato e diritto nazionale*, cit., p. 22 ss. e pp. 34 s. Tale concezione è condivisa da diversi autori, quali BARATTA R., *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità?*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, p. 517; BONOMO A., *Commerce Power e Corti Supreme (Parte Prima)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 44; DANIELE L., *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, p. 366; MASTROIANNI R., *Competenze delle comunità europee*, in CASSESE S., *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 1092.

<sup>43</sup> Invero, la *doctrine of preemption* ricomprende l'intero campo delle antinomie: può riguardare non solo singole norme statali in conflitto diretto con disposizioni di diritto dell'Unione (preclusione da conflitto diretto o *rule preemption*), ma anche norme interne incompatibili con le finalità e il funzionamento della disposizione

Declinata nella materia in esame, questa impostazione consente di spiegare (e giustificare sotto il profilo teorico) l'operatività del principio del primato anche nella materia processuale, perché l'assenza di misure di armonizzazione impedisce di configurare antinomie *dirette* tra gli ordinamenti processuali nazionali e il diritto dell'Unione<sup>44</sup>.

Di fronte a questa più articolata spiegazione, però, non può non rilevarsi che l'anzidetta tecnica di ricognizione delle antinomie rende notevolmente incerti i confini dell'autonomia processuale degli Stati membri e contribuisce a delineare soluzioni disapplicatorie dell'ordinamento interno in ipotesi difficilmente prevedibili *ex ante*. Divengono così attuali quelle impostazioni dottrinali che, per un verso, negano l'esistenza di una vera e propria autonomia<sup>45</sup> o, per altro

---

sovranaazionale (preclusione da conflitto indiretto o *obstacle preemption*), fino a precludere l'intervento statale in relazione ad intere aree qualora disciplinate a livello sovranazionale (preclusione di campo o *field preemption*). La preclusione diretta, indiretta e di campo comportano, dunque, una limitazione via via crescente delle competenze statali nei settori oggetto dell'intervento sovranazionale. Cfr. ARENA A., *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 26, 38 e 43. Sulla natura atipica delle antinomie accertate dalla Corte di giustizia si veda anche RASI A., *Gli effetti diretti e il primato del diritto dell'Unione: una correlazione a geometria variabile*, cit., p. 572.

<sup>44</sup> Ossia, se è vero che la condizione per l'operatività del principio dell'autonomia procedurale consiste nell'assenza di misure di armonizzazione dell'Unione nella medesima materia, l'antinomia tra la normativa sovranazionale e il diritto processuale nazionale non potrebbe che essere, nella gran parte dei casi, di natura indiretta. Come si vedrà in seguito, la *doctrine of federal preemption* quale tecnica di ricognizione delle antinomie emerge con una certa frequenza nelle più importanti manifestazioni della giurisprudenza comunitaria che incidono sulla dimensione processuale. Più precisamente, in molte delle sentenze che affermano l'incompatibilità, con il diritto dell'Unione, di disposizioni processuali nazionali difetta un conflitto normativo diretto: il contrasto non discende dal rispettivo contenuto normativo delle due disposizioni, nazionale e sovranazionale, poste a confronto, bensì dalle conseguenze dell'applicazione della normativa nazionale, tali da compromettere l'effettività del diritto dell'Unione. Sembra collocarsi nella prospettiva tracciata nel paragrafo CARRATTA A., *Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione europea e processo civile*, cit., p. 1409, dove, commentando la giurisprudenza comunitaria relativa ai poteri di rilievo *ex officio* di motivi basati sulle norme dell'Unione pur in assenza di una eccezione di parte, si afferma «qualsiasi disposizione interna che ostacoli o impedisca il compito del giudice nazionale di dare prevalenza all'effettività del diritto dell'Unione si pone per ciò stesso in contrasto con il diritto dell'Unione e dunque deve essere disapplicata, anche con rilievo d'ufficio» (corsivo aggiunto).

<sup>45</sup> KAKOURIS C. M., *Do the Member States Possess Judicial Procedural «autonomy»*, in *Common Market Law Review*, 1997, p. 1389 ss.; l'impostazione è

verso, definiscono l'autonomia processuale in modo essenzialmente negativo, come l'area del diritto processuale non coperta dai principi di equivalenza e di effettività<sup>46</sup>. Quest'ultima impostazione evoca una necessaria premessa, sulla quale conviene soffermarsi.

### **1.3 I parametri di valutazione del diritto processuale nazionale: i principi di effettività e di equivalenza.**

Secondo consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, «in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta»<sup>47</sup>.

L'inciso, che costituisce la sintesi del principio di autonomia processuale degli Stati membri, è una costante della giurisprudenza

---

ricordata anche da MAFFEO A., *Diritto dell'Unione europea e processo civile nazionale*, cit., p. 42.

<sup>46</sup> GASCÓN INCHAUSTI F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, cit., p. 12. In termini non dissimili AMEDEO S., *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, cit., p. 311, secondo cui l'autonomia processuale è lo «spazio lasciato alla disciplina processuale interna entro gli *standards* o i correttivi di derivazione comunitaria». Sul punto anche CANNIZZARO E., *Sui rapporti tra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, cit., p. 449, il quale, nella (diversa) prospettiva della differenza in punto di efficacia tra l'approccio *integrazionista* e l'approccio *internazionalista*, afferma che «una eccessiva enfasi sulla effettività del diritto comunitario potrebbe [...] svuotare di contenuto il principio della autonomia processuale. È chiaro infatti che qualsiasi strumento processuale, determinando i modi e i limiti della tutela di posizioni soggettive, finisce con l'interferire con l'applicazione di norme sostanziali. Ciò accade, in particolare, per quelle norme processuali che stabiliscono termini e preclusioni, incidendo così in maniera sensibile sulla possibilità di invocare una certa norma sostanziale».

<sup>47</sup> Corte di giustizia, sentenza 16 dicembre 1976, causa C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG contro Landwirtschaftskammer für das Saarland*, in *Foro it.*, 1977, IV, c. 192; in questi termini anche sentenza 16 dicembre 1976, causa C-45/76, *Comet BV contro Produktschap voor Siergewassen*, in *Racc.*, 2043; sentenza 27 marzo 1980, causa C-61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro Denkavit italiana Srl*, in *Foro it.*, 1981, IV, c. 119; sentenza 7 luglio 1981, causa C-158/80, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH e Rewe-Markt Steffen contro Hauptzollamt Kiel*, in *Racc.*, 1805 e in *Foro it.*, 1983, IV, c. 17.

comunitaria e trova il proprio momento di consacrazione nella sentenza *Rewe*<sup>48</sup>.

Ora, le riflessioni di ordine generale sin qui svolte aiutano a comprendere che l'ordinamento dell'Unione, pur costituendo il fondamento teorico del già menzionato principio, ha variamente influito sul modo stesso con il quale gli ordinamenti nazionali provvedono a garantire l'attuazione della normativa sostanziale dell'Unione, enunciando principi idonei ad interferire in modo notevole sugli ordinamenti degli Stati membri<sup>49</sup>. Ed invero, contestualmente all'enunciazione del principio di autonomia, la Corte di giustizia ha precisato che il diritto interno deve rispettare, in ogni caso, i parametri di effettività e di equivalenza. Ossia, le modalità di tutela dei diritti spettanti ai singoli non possono «essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale» e non devono essere tali da rendere «in pratica, impossibile l'esercizio di diritti» di derivazione comunitaria<sup>50</sup>.

Il passo appena citato riassume gli *standards* minimi di tutela elaborati dalla Corte di giustizia sin dall'arresto *Rewe*, che fungono da parametro di compatibilità del diritto processuale interno<sup>51</sup>. Tali *standards* costituiscono essi stessi una tecnica di *integrazione* degli ordinamenti nazionali che si aggiunge all'*armonizzazione* processuale<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Corte di giustizia, sentenza 16 dicembre 1976, *Rewe*, cit.

<sup>49</sup> TIZZANO A., *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 13 ss., spec. c. 22.

<sup>50</sup> Corte di giustizia, sentenza 16 dicembre 1976, *Rewe*, cit. Si rinvia, oltre che alle sentenze citate nella nota precedente, anche alle ulteriori sentenze 27 febbraio 1980, causa C-68/79, *Hans Just*, in *Racc.*, 501 e in *Foro it.*, 1981, IV, c. 286; 5 marzo 1980, causa C-265/78, *Ferwerda*, in *Racc.*, 617 e in *Foro it.*, 1981, IV, c. 120; 27 marzo 1980, *Denkavit*, cit.; 8 novembre 1983, causa C-199/82, *Amministrazione dello Stato contro SpA San Giorgio*, in *Racc.*, 3612 e in *Foro it.*, 1984, IV, c. 297; sentenza 24 marzo 1988, causa 104/86, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, 1799, punto 7; sentenza 9 giugno 1992, causa C-96/91, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.*, 3789, punto 12; sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e a.*, in *Racc.*, 5357, punto 43.

<sup>51</sup> JULIÀ BARCELÓ M., SÁNCHEZ SÁNCHEZ V. M., *Lecciones de derecho de la Unión Europea*, Barcellona, 2008, p. 240.

<sup>52</sup> In estrema sintesi, due sarebbero le principali tecniche di integrazione degli ordinamenti processuali degli Stati membri: a) la tecnica dell'*armonizzazione*; b) la tecnica protesa alla ricostruzione di limiti esterni all'autonomia processuale. La prima consiste nella costruzione di norme processuali uniformi nello spazio giuridico europeo, ossia nella predisposizione, a livello unionale, di norme comuni che gli Stati membri sono obbligati a osservare nei rispettivi ordinamenti e che

I due indicati principi sono sensibilmente differenti tra loro per quanto riguarda sia le modalità sia gli effetti applicativi<sup>53</sup>.

Il *criterio di equivalenza* costituisce una fattispecie applicativa del generale principio di non discriminazione<sup>54</sup>. Esso esige che il legislatore nazionale non assoggetti la tutela delle posizioni giuridiche di origine comunitaria a condizioni meno favorevoli di quelle che riguardano i ricorsi analoghi di natura interna<sup>55</sup>. Ove ciò dovesse accadere, la disciplina nazionale discriminatoria dovrebbe essere disapplicata in favore di quella, di fonte pur sempre interna, prevista per analoghe situazioni di diritto sostanziale di fonte interna<sup>56</sup>.

Il criterio di equivalenza, almeno in linea di principio, non comporta l'esercizio di rilevanti poteri discrezionali, in quanto si risolve nella mera verifica analogica tra la posizione di diritto interno e quella di diritto comunitario, alla cui stregua valutare la

---

interagiscono variamente con le altre norme processuali interne, anche in dipendenza del tipo di atto di diritto derivato adottato a tal fine. La seconda, invece, poggia sul «riconoscimento dell'esistenza di posizioni soggettive che sono, in linea di principio, «esterne» rispetto agli ordinamenti nazionali, rispetto alle quali gli Stati membri hanno obblighi particolari: un obbligo minimo di assicurare l'equivalenza di trattamento; un obbligo ulteriore, di assicurarne l'effettività» (CANNIZZARO E., *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, cit., p. 660; in argomento anche CARRATTA A., *Libertà fondamentali del Trattato nell'Unione europea e processo civile*, cit., p. 1403). Secondo CANNIZZARO E., *Effettività*, cit., spec. p. 661, vi sarebbe una terza tecnica di integrazione degli ordinamenti processuali interni, chiamata *armonizzazione per principi*, «tesa a dedurre regole processuali sulla base di frammenti normativi, espressione di principi processuali di carattere generale». In sintesi, dal diritto dell'Unione sarebbe possibile ricavare principi processuali dai quali dedurre una norma processuale completa e di dettaglio, sicché in questo caso l'autonomia processuale degli Stati membri opererebbe solo nella misura consentita dalla presenza dei già menzionati principi. Il campo in cui la Corte di giustizia avrebbe sperimentato questa ulteriore e diversa tecnica di integrazione è quello della tutela dei consumatori, settore connotato da numerosi arresti di notevole potenzialità incisiva sulla disciplina processuale interna.

<sup>53</sup> RAITI G., *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, p. 362.

<sup>54</sup> MAFFEO A., *Diritto dell'Unione europea e processo civile nazionale*, cit., p. 45.

<sup>55</sup> AMEDEO S., *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, cit., p. 313. Per la giurisprudenza, Corte di giustizia, sentenza 20 marzo 1997, causa C-323/95, *David Charles Hayes e Jeannette Karen Hayes contro Kronenberger GmbH*.

<sup>56</sup> RAITI G., *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, cit., p. 362.

meritevolezza della medesima forma di tutela<sup>57</sup>. Inoltre, esso non comporta la creazione di un precetto processuale nuovo dal punto di vista contenutistico, determinando piuttosto l'estensione dell'ambito applicativo della disciplina nazionale all'area fino a quel momento occupata dalla norma interna discriminatoria<sup>58</sup>.

In considerazione degli effetti applicativi appena visti, in dottrina si sostiene che il criterio di equivalenza realizza una integrazione processuale di tipo prevalentemente «negativa»<sup>59</sup>.

Ben diverso è il secondo parametro di compatibilità, vale a dire il *criterio di effettività*: a partire dagli anni Ottanta la Corte ha esteso la portata del *test* di effettività e ha prospettato l'incompatibilità della disciplina nazionale che renda non solo «impossibile» ma, altresì, «eccessivamente difficile» la tutela dei diritti di fonte comunitaria<sup>60</sup>.

A differenza del criterio di equivalenza, quello di effettività implica l'esercizio di rilevanti poteri discrezionali e si risolve nella creazione di precetti processuali inediti nel panorama interno<sup>61</sup>. Sicché, ha una incidenza e una potenzialità innovativa senz'altro maggiore.

Come è stato rilevato in dottrina, «tale criterio fuoriesce dai binari di una integrazione meramente negativa per assumere invece una

---

<sup>57</sup> RAITI G., *op. cit.*, p. 363.

<sup>58</sup> RAITI G., *op. cit.*, p. 367. Gli effetti e le modalità di funzionamento del principio di equivalenza sono ben chiariti dall'avvocato generale KOKOTT J. nelle conclusioni scritte del caso *Impact contro Minister for Agriculture and Food e altri*, causa C-268/06, punti 70 e 71, secondo cui il giudice nazionale – al quale è demandato l'apprezzamento dell'esistenza di una analogia – dovrà «verificare sia l'oggetto sia gli elementi essenziali dei ricorsi di natura interna tra i quali si asserisce che sussista un'analogia», dovendo altresì «tenere conto delle rispettive modalità procedurali nel loro contesto generale, e dunque del ruolo della detta norma nell'insieme del procedimento, nonché dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali». All'esito di tale apprezzamento, il principio di equivalenza «verrebbe ad essere violato se, ad esempio, un singolo che facesse valere un diritto attribuito dall'ordinamento giuridico comunitario dovesse affrontare spese e attese superiori rispetto a colui che fondasse la propria pretesa sulla legge puramente interna». Cfr. anche Corte di giustizia, sentenze 1° dicembre 1998, causa C-326/96, *Levez*, punto 51, e 16 maggio 2000, causa C-78/98, *Preston e a.*, punto 60. In dottrina, MAFFEO A., *op. ult. cit.*, p. 46.

<sup>59</sup> CANNIZZARO E., *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, cit., p. 669.

<sup>60</sup> AMEDEO S., *L'effettività del diritto comunitario sostanziale nel processo interno: verso un approccio di sistema?*, in SPITALERI F. (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della Cedu sugli atti nazionali definitivi*, Milano, 2009, 123 ss., spec. 133.

<sup>61</sup> RAITI G., *op. loc. cit.*

obiettiva funzione di integrazione processuale “positiva”, tesa cioè a conformare il sistema dei rimedi nazionali in maniera da assicurare il risultato voluto dalle norme sostanziali dell’Unione»<sup>62</sup>.

Attraverso i criteri di equivalenza e di effettività la Corte del Lussemburgo ha, ad esempio, preteso che fosse riconosciuta una effettiva tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute dal diritto comunitario, anche se nell’ordinamento nazionale non fossero previsti specifici rimedi giuridici<sup>63</sup>; ha richiesto che fosse assicurato un effettivo ristoro del danno subito dai singoli in conseguenza della lesione di diritto riconosciuta in forza del diritto dell’Unione, anche oltre i limiti fissati dall’ordinamento nazionale<sup>64</sup>; ha imposto un obbligo di interpretazione delle norme nazionali sul calcolo della decorrenza dei termini in modo conforme all’esigenza di effettività del diritto dell’Unione, anche avente la forma di una direttiva non trasposta<sup>65</sup>; ha escluso condizioni di prova «che abbiano l’effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il rimborso dei tributi riscossi in contrasto col diritto comunitario»<sup>66</sup>.

Così, il giudice del Lussemburgo ha progressivamente rivendicato una sorta di *droit de regard* sugli ordinamenti nazionali, «al fine di controllare non tanto che essi garantiscano un livello minimo di

---

<sup>62</sup> CANNIZZARO E., *Effettività del diritto dell’Unione e rimedi processuali nazionali*, cit., p. 672. Sull’incisività del principio di effettività, v. anche MAFFEO A., *op. ult. cit.*, p. 58 ss.

<sup>63</sup> Corte di giustizia, sentenza 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Marguerite Johnston contro Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, in *Racc.*, 1986, 1651.

<sup>64</sup> Corte di giustizia, sentenza 10 aprile 1984, causa C-14/83, *Sabine von Colson e Elisabeth Kamann contro Land Nordrhein-Westfalen*, in *Racc.*, 1984, 1891. Nella indicata sentenza la Corte, dopo aver precisato che l’attuazione completa della direttiva n. 76/207 non impone una forma determinata di sanzione in caso di trasgressione del divieto di discriminazione, ha però chiarito che la sanzione deve essere tale da garantire la tutela giurisdizionale effettiva ed efficace e «deve inoltre avere per il datore di lavoro un effetto dissuasivo reale», con la conseguenza che «qualora lo Stato membro decida di reprimere la trasgressione del divieto di discriminazione mediante un indennizzo, questo deve essere in ogni caso adeguato al danno subito» (punto 23). Sull’argomento anche sentenza 26 febbraio 1986, causa C-152/84, *M. H. Marshall contro Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*.

<sup>65</sup> Corte di giustizia, sentenza 25 luglio 1991, causa C-208/90, *Theresa Emmott contro Minister for Social Welfare e Attorney General*, in *Racc.*, 1991, 4269.

<sup>66</sup> Corte di giustizia, sentenza 9 novembre 1983, causa C-199/82, *Amministrazione dello Stato contro SpA San Giorgio*, cit., spec. punto 14.



protezione, ma piuttosto che le condizioni procedurali e sostanziali previste per quest'ultima siano conformi a parametri di adeguatezza ed effettività che la stessa Corte desume dal *corpus* del diritto comunitario»<sup>67</sup>. Ciò risulta chiaramente dal grado di sviluppo raggiunto dal criterio di effettività, che oggi sembra superare di gran lunga quella «soglia minima di efficacia» della normativa comunitaria<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> TIZZANO A., *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, cit., c. 24.

<sup>68</sup> Al riguardo, la dottrina ha proposto una sistematizzazione della giurisprudenza del Kirchberg relativa al principio di effettività, suddividendola in tre fasi (SERRANO MASIP M., *Efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el proceso civil interno*, in *Revista de Estudios Europeos*, n. 68, 2016, p. 5 ss., spec. p. 6 ss.). La *prima fase* sarebbe stata inaugurata con la sentenza *Rewe*, già citata, che teorizza per la prima volta il principio di autonomia processuale degli Stati membri. In questa fase la giurisprudenza della Corte di giustizia si caratterizza per una minima interferenza sugli ordinamenti processuali nazionali, in quanto risulta prevalentemente valorizzato il criterio di equivalenza, mentre quello di effettività assurge a parametro di adeguatezza minimo. Invero, nelle sentenze si afferma che il diritto processuale nazionale non è conforme al parametro di effettività se solo rende «in pratica, impossibile» l'esercizio dei diritti riconosciuti ai singoli dall'ordinamento comunitario. Nella sentenza si afferma, invero, che «in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, modalità che non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale [...]. In assenza di siffatti provvedimenti di armonizzazione, i diritti attribuiti dalle norme comunitarie devono essere esercitati, dinanzi ai giudici nazionali, secondo le modalità stabilite dalle norme interne. Una diversa soluzione sarebbe possibile soltanto qualora tali modalità e termini rendessero, in pratica, impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare». La *seconda fase* è connotata da un controllo più incisivo della Corte di giustizia in ordine al livello di protezione giurisdizionale delle situazioni giuridiche di vantaggio derivanti dall'ordinamento comunitario. La maggiore incisività, rispetto al periodo precedente, deriva dalla integrazione del parametro di effettività, il quale risulta violato non soltanto quando il diritto processuale nazionale rendere «impossibile», ma anche «eccessivamente difficile» l'esercizio dei diritti attribuiti ai singoli dall'ordinamento dell'Unione. Il passaggio dalla prima alla seconda fase si verifica con la sentenza *San Giorgio* (Corte di giustizia, sentenza 9 novembre 1983, causa C-199/82, *Amministrazione dello Stato contro SpA San Giorgio*; in senso analogo la sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Andrea Francovich e altri contro Repubblica italiana*, anche se alcune sentenze successive definiscono il criterio di effettività in modo coincidente con quella del primo periodo; cfr., ad esempio, la sentenza 25 luglio 1991, causa C-208/90, *Theresa Emmott contro Minister for Social Welfare e*

#### 1.4 Il concetto di «effettività» rilevante nell'indagine sull'autonomia processuale degli Stati membri.

Si è detto nelle righe precedenti che i criteri di effettività e di equivalenza rappresentano una peculiare tecnica di integrazione degli ordinamenti nazionali, la quale si sostanzia nella determinazione in via giurisprudenziale di *standards* delimitativi dell'autonomia processuale degli Stati membri<sup>69</sup>.

Ora, tra i due anzidetti criteri, quello di effettività merita una indagine a sé, non solo per la sua maggiore potenzialità incisiva e conformativa degli ordinamenti processuali nazionali, ma altresì per i plurimi significati che assume nell'esperienza giurisprudenziale odierna. Il medesimo, invero, nasce come criterio finalizzato a garantire l'effettività *della tutela* giurisdizionale dei diritti attribuiti ai singoli dall'ordinamento dell'Unione, fino a divenire principio di efficacia *della normativa dell'Unione complessivamente intesa*.

In sintesi, il principio di effettività sembra essere inscindibilmente legato al ruolo attribuito dalla giurisprudenza comunitaria ai giudici nazionali, consistente nella salvaguardia delle specificità e dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione. Invero, a partire dal parere 1/09<sup>70</sup> la Corte del Lussemburgo ha enfatizzato la duplicità

---

*Attorney General*, punto 16). Nel *terzo periodo*, infine, la Corte di giustizia sviluppa il criterio di effettività, contestualizzandolo nel sistema giuridico nazionale nell'ambito del quale deve essere applicata la normativa sostanziale dell'Unione. Si afferma, in particolare, che la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminata tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dovendo altresì considerare i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento. Questa terza fase, che introduce il c.d. *case by case approach*, è stata inaugurata con le coeve sentenze *Peterbroeck* (Corte di giustizia, sentenza 14 dicembre 1993, causa C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contro Stato belga*) e *van Schijndel* (Corte di giustizia, sentenza 14 dicembre 1993, cause riunite C-430 e C-431/93, *Jeroen van Schijndel e Johannes Nicolaas Cornelis van Veen contro Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*), entrambe in *Giur. it.*, 1996, p. 1289, con nota di CARANTA R., *Impulso di parte e iniziativa del giudice nell'applicazione del diritto comunitario*.

<sup>69</sup> CARRATTA A., *Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione europea e processo civile*, cit., p. 1403.

<sup>70</sup> Corte di giustizia, parere 1/19 dell' 8 marzo 2011, *Progetto di accordo per l'istituzione di un Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, dove si afferma che «[i] sistema introdotto dall'art. 267 TFUE istituisce [...] una cooperazione diretta

strutturale dell'architettura giurisdizionale dell'Unione, composta dalla medesima Corte di giustizia e dagli organi giurisdizionali degli Stati membri, sancendo la corresponsabilità di questi ultimi nel garantire non solo la tutela bensì anche il rispetto e la tenuta complessiva dell'ordinamento giuridico dell'Unione<sup>71</sup>.

Attesa la rilevanza del concetto di effettività nella disamina dei confini dell'autonomia processuale degli Stati membri, appare utile operare alcuni chiarimenti terminologici.

#### 1.4.1 *La distinzione tra il «principio di effettività» del diritto dell'Unione e il «diritto alla tutela giurisdizionale effettiva» delle posizioni di vantaggio di derivazione comunitaria.*

A scanso di fraintendimenti, è bene chiarire sin da ora che il principio di effettività del diritto dell'Unione va tenuto distinto dal principio di effettività della tutela giurisdizionale<sup>72</sup> (*rectius* dal diritto alla tutela giurisdizionale effettiva<sup>73</sup>) che è principio di efficacia della tutela processuale<sup>74</sup>, ed è accostabile al primo solo per assonanza terminologica. Invero, gli interventi comunitari in materia di autonomia processuale degli Stati membri sono caratterizzati soprattutto dalla preoccupazione prevalente di garantire l'*effetto utile*

---

tra la Corte e i giudici nazionali, nell'ambito della quale questi ultimi partecipano strettamente alla corretta applicazione e all'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione, nonché alla tutela dei diritti attribuiti da quest'ordinamento giuridico ai privati. Dal complesso di questi elementi si ricava che le funzioni attribuite, rispettivamente, ai giudici nazionali e alla Corte sono essenziali alla salvaguardia della natura stessa dell'ordinamento istituito dai Trattati» (punti 84 e 85). Per un esame del parere 1/09 e della sua incidenza sull'architettura giurisdizionale dell'Unione si rinvia al capitolo secondo.

<sup>71</sup> Cfr., più nel dettaglio, i rilievi che saranno svolti nel capitolo 2.

<sup>72</sup> Su cui ORIANI R., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008.

<sup>73</sup> QUESADA LÓPEZ P. M., *El principio de efectividad del derecho de la Unión europea y su impacto en el derecho procesal nacional*, Madrid, 2019, p. 107 ss., il quale traccia la distinzione rilevando che il primo è un *principio* mentre il secondo un *diritto*.

<sup>74</sup> FALANGA M., *Il principio di effettività*, cit., p. 13. Secondo CANNIZZARO E., *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, cit., p. 673, «[m]entre il criterio dell'effettività tende ad assicurare una posizione soggettiva sostanziale, il criterio della tutela giurisdizionale effettiva tende a garantire piuttosto un bene di carattere processuale».

del diritto dell'Unione complessivamente inteso<sup>75</sup>, sicché «l'accento sulla tutela giurisdizionale effettiva è posto solo ove l'affermazione del diritto comunitario coincida con soluzioni di migliore tutela del singolo»<sup>76</sup>.

Il tema presenta notevoli profili di complessità e sconta l'assenza di chiarimenti, almeno in chiave definitoria, nella giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>77</sup>, la quale in alcuni più recenti arresti giunge finanche a sovrapporre il principio di effettività fin qui delineato con il

---

<sup>75</sup> DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 1, spec. p. 29; MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001, p. 46.

<sup>76</sup> GALETTA D. U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 24. Come è stato efficacemente evidenziato, «l'effettività del diritto comunitario è sempre il fine, mentre l'effettività della tutela è il mezzo» (MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 46).

<sup>77</sup> Il problema del rapporto tra l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali e del principio di effettività quale limite all'autonomia processuale degli Stati membri emerge chiaramente nelle conclusioni dell'Avvocato generale MACIEJ SZPUNAR nella causa C-49/14, *Finanmadrid* (presentate l'11 novembre 2015) dove si evidenzia «la Corte non ha ancora avuto l'opportunità di chiarire l'articolazione tra i requisiti derivanti dall'articolo 47 della Carta e quelli, molto vicini, derivanti dai principi di equivalenza e di effettività. Infatti, questo secondo principio in particolare si traduce anch'esso nell'obbligo generale in capo agli Stati membri di garantire la tutela giurisdizionale dei diritti derivanti dall'ordinamento dell'Unione. Potrebbe quindi sorgere la questione se l'articolo 47 della Carta si aggiunga al principio di effettività o vi si sostituisca» e più innanzi «il livello della tutela giurisdizionale dei diritti che i consumatori attingono dalla direttiva 93/13 è più ampio di quello che deriva, per qualsiasi parte di una controversia civile che coinvolge il diritto dell'Unione, dall'articolo 47 della Carta» (punti 85 e 90). Tale distinzione produce conseguenze pratiche nella materia consumeristica, come evidenziato nei punti successivi delle conclusioni, dove si afferma che l'art. 47 non osta, in generale, a che alcune decisioni rientranti nell'esercizio della funzione giurisdizionale siano emesse da un organo non giurisdizionale, purché esse possano formare oggetto a posteriori di un controllo giurisdizionale e che il diritto a un tribunale, sancito da detto articolo 47, non includa di per sé l'obbligo di un esame d'ufficio da parte di un giudice al fine di salvaguardare i diritti spettanti alle parti in forza del diritto dell'Unione; di contro, la direttiva 93/13/CEE impone un controllo d'ufficio da parte di un organo giurisdizionale in ragione del disequilibrio esistente tra le parti. Nella sentenza *Finanmadrid*, tuttavia, la Corte di giustizia resta silente sulla questione ed anzi non mancano, nelle pronunce successive, momenti di sovrapposizione tra il principio di effettività e il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva.

diritto alla tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali<sup>78</sup>.

Non sorprende, dunque, che il tema del rapporto esistente tra il parametro di effettività evocato nel sistema dei limiti all'autonomia processuale degli Stati membri e il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva sia connotato, anche nel dibattito dottrinale, da diverse proposte ricostruttive. Vi è chi afferma la sostanziale coincidenza tra il principio di effettività e il principio alla tutela giurisdizionale effettiva<sup>79</sup>, chi al contrario propende per la diversità ontologica e concettuale dei due principi<sup>80</sup>, e chi si assente su posizioni intermedie,

---

<sup>78</sup> Si vedano, ad esempio, la sentenza 13 settembre 2018, causa C-176/17, *Profi Credit Polska S.A. w Bielsku Białej contro Mariusz Wawrzosek*, spec. punti 57 ss., e l'ordinanza 28 novembre 2018, causa C-632/17, *Powszechna Kasa Oszczędności (PKO) Bank Polski S.A. w Warszawie contro Jacek Michalski*, spec. punti 43 ss.

<sup>79</sup> In questi termini SARMIENTO D., *El derecho de la Unión europea*, Madrid, 2018, p. 450 ss., il quale afferma che nell'applicazione concreta il principio di effettività e il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva presentano lo stesso contenuto e lo stesso livello di protezione. L'A. sostiene, in termini generali, che il principio di effettività è una manifestazione del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva.

<sup>80</sup> CANNIZZARO E., *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, cit., p. 674, secondo cui il principio di effettività mira ad assicurare una posizione di natura sostanziale nata nell'ordinamento dell'Unione, mentre il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva mira piuttosto a garantire un bene di natura processuale. L'A. evidenzia, inoltre, che i due principi possono convergere fino ad identificarsi nel loro essenziale contenuto quando il diritto soggettivo che nasce nell'ordinamento dell'Unione e che deve trovare realizzazione attraverso il diritto processuale nazionale sia una posizione soggettiva di natura processuale. Per la diversità ontologica dei due principi anche GALETTA D. U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 24; MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 46; PIVA P., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012; MORETTINI S., *L'effettività del diritto comunitario ed il processo amministrativo negli Stati membri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p. 723; TARULLO S., *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004, p. 5, il quale sottolinea che «non è difficile scorgere che il principio di effettività del diritto comunitario balena sullo sfondo delle decisioni della Corte di giustizia anche quando questa si richiama all'effettività della tutela giurisdizionale». Sembra assestarsi su questa posizione anche PALMA G., *Autonomia processuale ed effettività della tutela del consumatore*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 1151, il quale rileva che il principio di effettività, «nato con l'obiettivo di garantire piena efficacia alla norma comunitaria e per consentire all'ordinamento europeo di affermarsi rispetto agli ordinamenti nazionali, successivamente ha smesso i panni di mero garante della

individuando nel diritto alla tutela giurisdizionale effettiva una specificazione del principio di effettività<sup>81</sup>.

Senonché, l'analisi della giurisprudenza comunitaria può aiutare ad orientarsi in tale dibattito solo se complessivamente e sistematicamente considerata, superando, dunque, l'approccio casistico.

In questa prospettiva, non può non notarsi che molte delle sentenze che incidono sulla disciplina processuale nazionale, relativizzando l'autonomia degli Stati membri, sono connesse all'esigenza di assicurare il funzionamento dei meccanismi giurisdizionali dell'Unione e/o le competenze delle sue istituzioni. In alcune di tali pronunce la effettività della tutela dei singoli coincide, in concreto, con le predette esigenze sistematiche, mentre in altre difetta tale coincidenza; ed è in questi ultimi casi che la diversità ontologica tra il principio di effettività e il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva emerge senza particolari difficoltà.

Anticipando quanto sarà evidenziato in seguito, uno dei filoni della giurisprudenza comunitaria in cui vi è coincidenza tra le esigenze di rilievo sistematico proprie del diritto dell'Unione e la necessità di tutela di interessi individuali è quello sulla indipendenza della magistratura<sup>82</sup>. In tali pronunce la Corte di giustizia apre la strada alla

---

primazia comunitaria per rivestire quelli di criterio interpretativo volto a far conseguire il massimo "effetto utile"».

<sup>81</sup> QUESADA LÓPEZ P. M., *El principio de efectividad del derecho de la Unión europea y su impacto en el derecho procesal nacional*, cit., p. 107 ss., il quale evidenzia che il principio di effettività può acquistare diverse dimensioni di protezione in funzione dell'ambito concreto in cui risulta invocato, sicché non ha un contenuto ed una identità precisa. In questa prospettiva, dunque, il diritto alla effettività della tutela giurisdizionale funge da completamento del principio di effettività, consentendone la concretizzazione in contesti specifici. Si assesta su questa posizione anche PAGLIANTINI S., *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2014, p. 815. Secondo quest'ultimo A., l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, letto come una concretizzazione dell'art. 19, par. 1, TUE, lascia spazio alla enucleazione di «un'articolata gamma di momenti coloranti la tutela giurisdizionale», vale a dire: quale significato minimo di concreta possibilità di agire in giudizio («un'effettività soggettiva dell'accesso alle Corti di giustizia»); quale tutela del singolo tipo di situazione soggettiva che non sia inframezzata da limiti o da preclusioni procedurali che ne diminuiscono il risultato («un'effettività qualitativa»); quale corrispondenza di un rimedio idoneo alla restaurazione di un bene della vita violato («un'effettività oggettiva della tutela»).

<sup>82</sup> Cfr. capitolo 2, paragrafi 2.4 e 2.4.1.

responsabilità comunitaria degli Stati membri che non garantiscono adeguati *standards* di indipendenza degli organi giurisdizionali interni, perché tale requisito è connaturale alla effettività della tutela giurisdizionale ed è, altresì, indispensabile al corretto funzionamento del meccanismo pregiudiziale, potendo quest'ultimo essere attivato solo da un organo giurisdizionale, incaricato di applicare il diritto dell'Unione, che soddisfi tale requisito di indipendenza<sup>83</sup>. Sicché, l'indipendenza degli organi giurisdizionali interni è in funzione del rinvio pregiudiziale, a sua volta strumentale alla salvaguardia della competenza nomofilattica della Corte di giustizia e, dunque, del carattere unitario dell'ordinamento giuridico dell'Unione.

Viceversa, il settore in cui il sistema dei limiti all'autonomia processuale è connesso *esclusivamente* ad esigenze di carattere sistematico è quello della «cedevolezza»<sup>84</sup> delle decisioni giudiziarie incompatibili con il diritto dell'Unione, laddove l'esigenza di effettiva applicazione della normativa eurounitaria può risultare in conflitto con l'interesse dei singoli alla stabilità delle pronunce giudiziarie definitive<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> Corte di giustizia, sentenza 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses contra Tribunal de Contas*, punto 43. In questa prospettiva, può essere ricordato anche l'ampio filone giurisprudenziale sul ricorso incidentale escludente. Il motivo di fondo di esso è rappresentato dal principio secondo cui l'art. 1, par. 1, comma 3, e 3, direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a che sia dichiarato inammissibile il ricorso principale dell'offerente interessato ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto che sia stato leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, in applicazione di norme processuali nazionali (*rectius*, dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria) che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale escludente dell'aggiudicatario. Cfr., Corte di giustizia, sentenza 4 luglio 2013, causa C-100/12, *Fastweb*, in *Urb. app.*, 2013, p. 1003, con nota di LAMBERTI C., *Per la Corte di giustizia l'incidentale non è più «escludente»?;* sentenza 5 aprile 2016, causa C-689/14, *Puligienica Facility Esco*, in *Urb. app.*, 2016, p. 1080, con nota di LAMBERTI C., *La Corte di giustizia promuove l'interesse strumentale e il suo ruolo d'interprete (unica) del diritto europeo.*

<sup>84</sup> LUISO F. P., *La cedevolezza del giudicato*, in *La crisi del giudicato. Atti del XXX convegno nazionale dell'Associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile*, 2017, Bologna, p. 75 ss.

<sup>85</sup> «È evidente la difficoltà di ricondurre tali orientamenti nell'alveo della tutela di posizioni soggettive assicurate dal diritto dell'Unione. Solo occasionalmente, infatti, il venir meno del carattere definitivo di decisioni giudiziarie in materia civile è risultato funzionale alla tutela di interessi individuali. In alcuni casi, anzi, esso è risultato addirittura in conflitto con diritti soggettivi individuali, quale il diritto alla

#### 1.4.2 La connotazione «oggettiva» del principio di effettività: una proposta definitoria alla luce della dottrina della Corte di giustizia.

Sulla scorta di tali considerazioni si può tentare una definizione del principio di effettività rilevante nel sistema dei limiti all'autonomia processuale degli Stati membri.

Il medesimo dovrebbe essere ricondotto alla vincolatività ed efficacia del diritto dell'Unione (nella prospettiva della necessaria applicazione del medesimo) negli ordinamenti giuridici nazionali. Ossia, effettività *delle norme* (soprattutto in relazione alle disposizioni qualificabili come direttamente applicabili), *degli obiettivi* (anche in relazione alle disposizioni non qualificabili nei termini anzidetti) e *delle competenze* dell'Unione.

Nella connotazione oggettiva appena delineata, il principio di effettività acquista rilevanza non esclusivamente nella affermazione della prevalenza delle fonti comunitarie rispetto alle fonti interne<sup>86</sup>, ma anche nella ricostruzione del (rinnovato) ruolo del giudice interno innanzi alla odierna complessità strutturale del diritto<sup>87</sup>. In particolare, quest'ultimo profilo e, dunque, il tema del ruolo del giudice nazionale nella ricomposizione degli ordinamenti giuridici interno e comunitario, consente di attribuire al principio di effettività una autonomia teorica rispetto ai principi strutturali dell'ordinamento

---

stabilità delle pronunce giudiziarie definitive» (CANNIZZARO E., *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, cit., p. 674).

<sup>86</sup> Come evidenziato da LIPARI N., *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 887 ss., spec. pp. 895 e 896, è estremamente riduttivo «ricondurre la rilevanza del principio di effettività nel diritto europeo esclusivamente ad una affermazione della prevalenza della fonte comunitaria rispetto a quella interna. Semmai, da questo punto di vista, la effettività va recuperata nella riaffermata consapevolezza del nuovo ruolo del giudice, garante della complessità strutturale del diritto e quindi chiamato a svolgere in concreto, nella specificità dei rapporti vissuti, la c.d. interpretazione conforme del diritto interno alle norme di fonte comunitaria nel perseguimento di quel principio dell'effetto utile che ormai significativamente caratterizza il tema dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario. In altri termini, l'effettività assume significato in questa chiave non nell'ottica di una semplice supremazia, ma come criterio operativo volto a conseguire, nella piena consapevolezza dell'integrità del sistema interno, un risultato interpretativo concretamente idoneo a conseguire una soluzione conforme alla finalità perseguita dalla fonte comunitaria».

<sup>87</sup> LIPARI N., *op. ult. cit.*, p. 895. Il tema del ruolo del giudice nazionale nel processo di integrazione europea e nell'attuale architettura giurisdizionale dell'Unione è analizzato nel capitolo secondo.



dell'Unione, quali il primato, l'effetto diretto e l'obbligo dell'interpretazione conforme.

Definito in questi termini il principio di effettività, è chiara la sua differenza rispetto al diritto alla effettività della tutela giurisdizionale, in relazione non solo al contenuto ma anche al fondamento positivo.

Il principio di effettività troverebbe il fondamento giuridico in diverse disposizioni di diritto primario dell'Unione, quali l'obbligo di leale cooperazione, ex art. 4, par. 3, TUE, nonché negli articoli 288 e 267 TFUE<sup>88</sup>, il primo laddove impone agli Stati membri il conseguimento del risultato prescritto dalle disposizioni dell'Unione (ferma la differenza esistente, in punto di efficacia negli ordinamenti interni, tra le diverse fonti di diritto derivato), il secondo in quanto vincola i giudici nazionali a collaborare con la Corte di giustizia al fine di preservare il carattere unitario dell'ordinamento dell'Unione (e ferma, in questo caso, la distinzione tra obbligatorietà e facoltatività del rinvio derivante dalla collocazione dei giudici nazionali nella piramide impugnatoria interna<sup>89</sup>). Ma il principale fondamento andrebbe individuato, probabilmente, nell'art. 19, par. 1, TUE, secondo la formulazione risultante dal Trattato di Lisbona, inteso quale richiamo alla funzione giurisdizionale decentrata, anche in considerazione dell'ampia portata applicativa e precettiva della disposizione risultante dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>90</sup>.

Al contrario, il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva trova il proprio fondamento nell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali<sup>91</sup> e, prima dell'entrata in vigore della medesima, nell'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti fondamentali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri<sup>92</sup>, e soffre la limitata portata applicativa definita dall'articolo 51<sup>93</sup>.

---

<sup>88</sup> QUESADA LÓPEZ P. M., *El principio de efectividad del derecho de la Unión europea y su impacto en el derecho procesal nacional*, cit., p. 102 ss.

<sup>89</sup> Su cui si rinvia al capitolo 2, spec. par. 2.2.

<sup>90</sup> Cfr. capitolo 2, spec. paragrafi 2.3 ss.

<sup>91</sup> QUESADA LÓPEZ P. M., *op. cit.*, p. 107; PAGLIANTINI S., *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, cit., p. 815. Come è noto, la Carta dei diritti fondamentali, ha acquistato, per effetto del Trattato di Lisbona, lo stesso valore giuridico dei Trattati, in virtù di quanto si legge nell'art. 6, par. 1, TUE.

<sup>92</sup> QUESADA LÓPEZ P. M., *op. cit.*, p. 107.

<sup>93</sup> Il quale prevede che le disposizioni della Carta «si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati

Per concludere, il sistema dei limiti all'autonomia processuale degli Stati membri si riconnette alla esigenza di assicurare non solo l'efficacia di norme sostanziali attributive di diritti ai singoli, *rectius* la effettività *della tutela*, ma anche (e forse soprattutto) per la necessità di salvaguardare l'effettività *del diritto* dell'Unione *complessivamente inteso*. Questo profilo emerge chiaramente in una delle prime e più importanti sentenze in materia di autonomia processuale degli Stati membri, vale a dire l'arresto *Factortame*, a cui verrà dedicato un breve esame di seguito.

#### 1.4.3 *La salvaguardia del corretto funzionamento del sistema giurisdizionale dell'Unione attraverso la limitazione dell'autonomia processuale: la sentenza Factortame quale prima ipotesi applicativa del principio di effettività nella sua connotazione oggettiva.*

Con la nota sentenza *Factortame*<sup>94</sup>, la Corte lussemburghese ha prospettato, per la prima volta, la necessità di disapplicare le norme processuali nazionali che impediscono il corretto funzionamento dello strumento di cooperazione tra il giudice nazionale e la medesima Corte di giustizia, costituito dal rinvio pregiudiziale<sup>95</sup>. L'arresto offre importanti spunti di riflessione sulla funzione dei limiti all'autonomia processuale degli Stati membri, sicché non sembra errato individuare in tale momento la nascita della giurisprudenza comunitaria protesa alla funzionalizzazione della dimensione processuale alle esigenze di effettività del diritto dell'Unione nel senso sopra indicato.

---

membri *esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*» (corsivo aggiunto). Sulla differenza, in relazione all'ambito di applicazione, tra l'art. 47 della Carta e l'art. 19, par. 1, TUE, si rinvia al secondo capitolo.

<sup>94</sup> Corte di giustizia, sentenza 19 giugno 1990, causa C-213/89, *The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, in *Racc.*, 1990, 2433; in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, p. 1042, con nota di MUSCARDINI M., *Potere cautelare del Giudici nazionali in materie disciplinate dal diritto comunitario*; in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 255, con nota di CONSOLO C., *L'ordinamento comunitario quale fondamento per la tutela cautelare del giudice nazionale (in via di disapplicazione di norme legislative interne)*. Sull'argomento anche TESAURO G., *Tutela cautelare e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 125.

<sup>95</sup> L'ipotesi è quella di un diritto vantato sulla base di una norma di diritto dell'Unione e negato dal diritto nazionale. La Camera dei Lords, sul rilievo che il sistema inglese non consentiva al giudice di sospendere l'applicazione di una legge in attesa della pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia, chiedeva a questa se in base al diritto dell'Unione il suddetto potere poteva essergli riconosciuto.

Nell'arresto in esame la Corte ha affermato il noto principio secondo cui «la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe [...] ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario», con la conseguenza che «il giudice è tenuto a disapplicare la norma di diritto nazionale che sola osti alla concessione di provvedimenti provvisori»<sup>96</sup>.

Fin qui nulla di rilevante: il passo citato è incentrato sulla necessità di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale dei singoli. Ma si legge più innanzi che «[q]uesta interpretazione trova conferma nel sistema istituito dall'art. 177 del Trattato CEE, il cui effetto utile sarebbe ridotto se il giudice nazionale che sospende il procedimento in attesa della pronuncia della Corte sulla sua questione pregiudiziale non potesse concedere provvedimenti provvisori fino al momento in cui si pronuncia in esito alla soluzione fornita dalla Corte»<sup>97</sup> (corsivo aggiunto).

La necessità della concessione di provvedimenti cautelari è collegata all'esigenza di preservare l'effetto utile del meccanismo del rinvio pregiudiziale e, dunque, del primato del diritto dell'Unione<sup>98</sup>. La giurisdizione cautelare interna funge da importante articolazione dell'esercizio della giurisdizione pregiudiziale della Corte e, in questa prospettiva, l'esigenza di salvaguardare il corretto funzionamento del sistema giurisdizionale dell'Unione giustifica la limitazione all'autonomia processuale degli Stati membri<sup>99</sup>.

La sentenza può forse considerarsi un modello nell'analisi della *funzione* e delle *modalità di funzionamento* del sistema dei limiti all'autonomia processuale degli Stati membri, per due diverse ragioni. Anzitutto perché, come poc'anzi evidenziato, riconnette i rimedi processuali nazionali ad esigenze di carattere sistematico, nella specie quello di assicurare l'effettività di un meccanismo processuale dell'Unione, quale quello del rinvio pregiudiziale<sup>100</sup>. In secondo

---

<sup>96</sup> Corte di giustizia, sentenza *Factortame*, cit., punto 21.

<sup>97</sup> Corte di giustizia, sentenza *Factortame*, cit., punto 22.

<sup>98</sup> CANNIZZARO E., *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, cit., p. 669.

<sup>99</sup> CANNIZZARO E., *op. loc. ult. cit.*

<sup>100</sup> CANNIZZARO E., *op. loc. ult. cit.*

luogo, perché prospetta la disapplicazione del diritto processuale interno pur in assenza di un conflitto normativo tipico: la disposizione nazionale che preclude la concessione di provvedimenti provvisori pregiudica l'effettività dell'art. 177 del Trattato CEE (oggi art. 267 TFUE). Il contrasto non discende dal rispettivo contenuto normativo delle due disposizioni, nazionale e sovranazionale, poste a confronto, bensì dalle conseguenze dell'applicazione della norma nazionale<sup>101</sup>, suscettibili di compromettere l'effetto utile delle pronunce pregiudiziali<sup>102</sup>. Ritorna così alla mente la peculiare tecnica di ricognizione delle antinomie tipica dei modelli federali eppur ben radicata anche nella prospettiva dell'Unione, tecnica della quale si è cercato di dar conto in precedenza (cfr. par. 1.2.1).

In conclusione, l'arresto dimostra che la dimensione processuale tende a svolgere una funzione ancillare e di completamento del diritto

---

<sup>101</sup> Del resto, non va trascurato che l'Avvocato Generale TESAURO, nelle accurate conclusioni alla causa C-213/89, presentate all'udienza del 17 maggio 1990 (in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, p. 1047), affronta la questione ponendo l'accento non già sul tipo di contrasto normativo, quanto piuttosto sulla esigenza di effettività della tutela giurisdizionale, equiparando la posizione del giudice che propone rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia al giudice che rimette questioni di legittimità costituzionale innanzi al giudice delle leggi. Si legge, invero, ai punti 24 s. delle conclusioni che sarebbe stato «introdotto, attraverso l'interpretazione pregiudiziale della Corte [...] un meccanismo che nella sostanza consiste in un sindacato di legittimità» in quanto il diritto dei ricorrenti «viene vantato in forza di alcune norme del trattato provviste di efficacia diretta [...] ma la cui interpretazione nel senso invocato non è certa e richiede pertanto una pronuncia pregiudiziale della Corte».

<sup>102</sup> In proposito va anche ricordata la sentenza *Atlante* (Corte di giustizia, sentenza 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH e altre contro Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, in *Racc.*, 1995, 3761) la quale, sulla scia di *Factortame*, ritorna sul tema relativo ai poteri cautelari del giudice nazionale in occasione del rinvio pregiudiziale, stabilendo che il canone di effettività impone la concessione di misure cautelari di carattere positivo che creino quella situazione giuridica soggettiva inibita dalla normativa comunitaria oggetto di un rinvio pregiudiziale di validità. Afferma, invero, la Corte di giustizia che «[l]a tutela cautelare che i giudici nazionali debbono garantire ai singoli, in forza del diritto comunitario, non può variare a seconda che questi ultimi chiedano la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale adottato sulla base di un regolamento comunitario o la concessione di provvedimenti provvisori che modifichino o disciplinino a loro vantaggio situazioni di diritto o rapporti giuridici controversi» (punto 28). Per la dottrina, CARANTA A., *L'ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la progressiva «comunitarizzazione» delle regole processuali nazionali*, in *Foro amm.*, 1996, p. 2554.

dell'Unione *tout court*, non soltanto delle norme sostanziali attributive di diritti in favore dei singoli. In questa prospettiva, il contrasto tra la normativa processuale nazionale e la normativa sovranazionale sussiste anche nei casi in cui la prima, pur potendo convivere con la seconda perché avente un contenuto diverso, non è in grado di assicurare l'effetto utile della seconda<sup>103</sup>.

#### 1.4.4 *L'incidenza del canone di effettività del diritto dell'Unione sui procedimenti a struttura impugnatoria: l'approccio casistico e il c.d. «test di compatibilità».*

Al fine di completare il quadro analitico dedicato al principio di effettività, occorre aggiungere che il medesimo ha dispiegato la strada dell'approccio casistico e del c.d. test di compatibilità, attraverso i quali valutare, di volta in volta, se il diritto processuale nazionale sia tale da rendere in pratica eccessivamente difficile l'applicazione del diritto dell'Unione. Si tratta di un aspetto diverso rispetto a quello sin qui analizzato: quest'ultimo riguarda il *contenuto* e lo *scopo* ultimo del canone di effettività; il primo riflette, invece, gli *effetti* e il *modo di operare* del medesimo laddove calato nella realtà processuale dei singoli Stati membri.

Trattasi di un profilo che può essere analizzato utilizzando come modello alcune manifestazioni giurisprudenziali dedicate all'apprezzamento *ex officio* di fatti di rilevanza comunitaria nell'ambito di giudizi a struttura impugnatoria<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> È ben noto che se il contrasto riguarda una norma interna con una norma di diritto dell'Unione priva di effetti diretti, detto contrasto non può essere risolto mediante la disapplicazione della norma interna; piuttosto la disposizione europea costituisce un parametro di legittimità della norma nazionale con essa contrastante, rilevabile a mezzo di una procedura di infrazione (TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., 182), ferma la possibilità, con riferimento all'ordinamento italiano, di far transitare la questione innanzi alla Corte Costituzionale affinché verifichi l'eventuale violazione degli articoli 11 e 117, co. 1, Cost. Per un esame dei criteri di risoluzione delle antinomie si rinvia a CARETTI P. – DE SIERVO U., *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2018, p. 576; CASSESE S., *Manuale di diritto pubblico*, Milano, 2014, p. 17.

<sup>104</sup> L'elezione di tali «modelli» è ispirato ad una duplice ragione: anzitutto, perché i medesimi rappresentano i referenti più vicini nell'indagine relativa alla struttura e alla funzione del processo di impugnazione per nullità del lodo arbitrale; in secondo luogo, perché trattasi di ipotesi nelle quale le esigenze di effettiva applicazione del diritto dell'Unione rischiano di relativizzare i «moduli tecnici» cui si ispira la disciplina processuale nazionale al fine di delimitare l'ambito della cognizione del giudice. Invero, se l'ordinamento pone a carico della parte

In proposito giova prendere le mosse dall'arresto *Verholen*<sup>105</sup> (precursore sul tema dei poteri del giudice nazionale in merito all'apprezzamento di questioni di diritto dell'Unione e alle modalità di applicazione del medesimo ordinamento) e dalla successiva sentenza *Kraaijeveld*<sup>106</sup>. In entrambe si trattava di accertare se il giudice nazionale, innanzi al quale era stato impugnato il provvedimento amministrativo adottato in forza di norme interne contrastanti con una direttiva non recepita nei termini<sup>107</sup>, o non correttamente recepita<sup>108</sup>, potesse valutare d'ufficio l'illegittimità della norma interna e dunque, in via derivata, del provvedimento amministrativo, sebbene l'interessato non avesse invocato la suddetta illegittimità nel corso del processo. Nelle due pronunce la Corte, sia pure con qualche ambiguità terminologica<sup>109</sup>, sembra pronunciarsi a favore della disapplicazione

---

impugnante l'onere di selezionare le questioni da sottoporre all'esame del giudice, i poteri cognitivi di quest'ultimo risultano necessariamente limitate dall'opera selettiva della parte, sicché il rilievo d'ufficio di questioni di diritto dell'Unione rischia di risolversi nel compimento di attività cognitive precluse. Altro è, però, il tema relativo all'apprezzamento *ex officio* di norme comunitarie nell'ambito delle quali sussumere la fattispecie concreta, nonché quello relativo al potere di rilievo d'ufficio di fatti che risultino già allegati al processo. Il primo rientra nel monopolio del giudice in virtù del principio *iura novit curia*, il secondo è riconosciuto in termini generali per l'operatività del principio della normale rilevabilità d'ufficio delle eccezioni di merito, salvo le ipotesi – esemplificate dalle eccezioni in senso stretto – nelle quali il fatto posto a base dell'eccezione, se fatto valere con una autonoma domanda, concreterebbe una azione costitutiva, o le ipotesi di eccezioni che espressamente il legislatore sottopone all'iniziativa di parte. Sul punto, PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, p. 217; CARRATTA A., *Commentario all'articolo 112*, in CARRATTA A. – TARUFFO M., *Poteri del giudice*, Bologna, 2011, p. 227.

<sup>105</sup> Corte di giustizia, sentenza 11 luglio 1991, cause riunite C-87/90, C-88/90 e C-89/90, *A. Verholen e altri contro Sociale Verzekeringsbank*.

<sup>106</sup> Corte di giustizia, sentenza 24 ottobre 1996, causa C-72/95, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. contro Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*.

<sup>107</sup> Nel caso *Verholen*.

<sup>108</sup> Come accade nella causa *Kraaijeveld*.

<sup>109</sup> L'ambiguità emerge, in particolare, nella sentenza *Kraaijeveld*, laddove la Corte discorre di *facoltà* di applicazione e attribuisce rilievo alla circostanza che una siffatta facoltà sia autonomamente riconosciuta dall'ordinamento nazionale. Si veda, ad esempio, i punti 57 e 58, dove si afferma che «quando, in forza del diritto nazionale, i giudici devono sollevare d'ufficio i motivi di diritto basati su una norma interna di natura vincolante che non siano stati adottati dalle parti, siffatto obbligo si impone anche quando si tratti di norme comunitarie vincolanti [...]». Lo stesso vale se il diritto nazionale conferisce al giudice la facoltà di applicare d'ufficio la norma di diritto vincolante. Infatti, è compito dei giudici nazionali, secondo il principio di collaborazione enunciato all'articolo 5 del Trattato, garantire la tutela giurisdizionale

della disposizione processuale interna che preclude siffatto rilievo officioso<sup>110</sup>.

Le sentenze in esame fanno discendere la titolarità dei poteri officiosi da considerazioni di carattere generale, legate in particolare al carattere cogente dell'obbligo, gravante su tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi quelli giurisdizionali, di adottare ogni provvedimento necessario per raggiungere il risultato prescritto dalle direttive<sup>111</sup>.

Se la *ratio decidendi* delle pronunce *Verholen e Kraaijeveld* gravita intorno al rapporto tra il diritto dell'Unione e l'ordinamento interno, ben diverse appaiono le coeve sentenze *Peterbroeck*<sup>112</sup> e *van Schijndel*<sup>113</sup>, dove la Corte di giustizia analizza per la prima volta in modo analitico il tema del ruolo del giudice nei processi in cui viene in rilievo il diritto dell'Unione.

In entrambe le sentenze veniva chiesto alla Corte di verificare se il diritto dell'Unione imponesse al giudice nazionale di applicare d'ufficio il suddetto ordinamento nel giudizio innanzi a lui pendente, onde valutare la compatibilità con esso di norme nazionali, anche qualora queste non fossero state invocate dalla parte che avrebbe

---

spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi effetto diretto» (corsivo aggiunto). In termini analoghi anche il punto 62 della medesima sentenza.

<sup>110</sup> RAITI G., *La cooperazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, cit., p. 377 s. In senso contrario CHITI E., *Il potere del giudice nazionale di sollevare d'ufficio le questioni di diritto comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, p. 633 ss.

<sup>111</sup> Cfr. sentenza *Kraaijeveld*, cit., punto 55. Come evidenziato da RAITI G., *op. cit.*, p. 382 s., «le (due) pronunce in commento potrebbero dirsi costituiscano un ideale ed assai ragionevole *pendant* processuale alla giurisprudenza *Francovich* (sancente, com'è noto, la garanzia comunitaria della responsabilità patrimoniale dello Stato per inadempimento all'obbligo di tempestiva e corretta attuazione delle direttive), volto ad assicurare, appunto mediante il rilievo officioso della censura di illegittimità del provvedimento impugnato (per "violazione di legge" comunitaria, *sub specie* della mancata od illegittima attuazione di una direttiva), lo specifico ed "anticipato" ripristino della legalità che l'ordinamento comunitario potrebbe solo *indirettamente* tutelare – a mezzo appunto, del rimedio risarcitorio – nella ipotetica carenza di operatività dello strumento giurisdizionale di annullamento».

<sup>112</sup> Corte di giustizia, sentenza 14 dicembre 1993, causa C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contro Stato belga*.

<sup>113</sup> Corte di giustizia, sentenza 14 dicembre 1993, cause riunite C-430 e C-431/93) *Jeroen van Schijndel e Johannes Nicolaas Cornelis van Veen contro Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, entrambe in *Giur. it.*, 1996, 1289, con nota di CARANTA R., *Impulso di parte e iniziativa del giudice nell'applicazione del diritto comunitario*.

avuto interesse alla loro applicazione, incorrendo così in una decadenza secondo il diritto nazionale<sup>114</sup>.

Benché le due sentenze siano coeve, e i quesiti sostanzialmente analoghi, la Corte di giustizia prospetta l'incompatibilità della normativa processuale nazionale con il canone di effettività esclusivamente nel caso *Peterbroeck*<sup>115</sup>, perché solo nell'ambito della

---

<sup>114</sup> Più nel dettaglio, nel caso *Peterbroeck* la società olandese proponeva un reclamo innanzi all'amministrazione finanziaria avverso il provvedimento con il quale era stata applicata l'aliquota prevista per i non residenti in luogo di quella relativa alle società aventi sede in Belgio; respinto il reclamo, la società proponeva impugnazione innanzi alla Corte di appello, adducendo per la prima volta, e oltre il termine di sessanta giorni (decorrenti dalla data del deposito, da parte dell'autorità amministrativa, della copia autentica del provvedimento impugnato insieme al fascicolo di causa) previsto dalla normativa processuale belga per l'allegazione di motivi non dedotti nella fase di reclamo, la violazione dell'art. 52 del trattato CE in materia di libertà di stabilimento (cfr. VITALE G., *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea*, Catania, 2010, p. 51). Nel caso *van Schijndel* le ricorrenti, intimare dall'Amministrazione a versare determinati contributi previdenziali, deducevano per la prima volta solo nel giudizio di Cassazione l'incompatibilità della disciplina previdenziale olandese, nella parte in cui prevede l'iscrizione obbligatoria ad un regime pensionistico di categoria, con la normativa comunitaria *antitrust*. L'accertamento di tale asserita incompatibilità era, però, precluso dalla disciplina processuale olandese, la quale consente la deduzione di nuovo motivi in Cassazione solo ove si tratti di motivi di puro diritto che non richiedano un ulteriore accertamento dei fatti.

<sup>115</sup> Nel dettaglio, nel caso *Peterbroeck*, laddove si afferma che il termine di sessanta giorni previsto dalla normativa processuale belga per dedurre censure non formulate in sede di ricorso amministrativo è incompatibile con il canone di effettività, sicché il giudice interno è tenuto a valutare d'ufficio la eventuale «illegittimità comunitaria» del provvedimento amministrativo, anche in via di disapplicazione della norma interna che preclude l'esercizio di siffatti poteri officiosi. Giova richiamare testualmente le conclusioni della Corte: «[i]l diritto comunitario osta all'applicazione di una norma processuale nazionale che, in condizioni analoghe a quelle del procedimento di cui trattasi nella causa davanti al giudice *a quo*, vieta al giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, di valutare d'ufficio la compatibilità di un provvedimento di diritto nazionale con una disposizione comunitaria, quando quest'ultima non sia stata invocata dal singolo entro un determinato termine». Diversamente, nel caso *van Schijndel* la Corte afferma il noto principio secondo cui «il diritto comunitario non impone ai giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie, qualora l'esame di tale motivo li obblighi a rinunciare al principio dispositivo alla cui osservanza sono tenuti, esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti e basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale che ha interesse all'applicazione di dette disposizioni ha posto a fondamento della propria domanda» (sentenza *van Schijndel*, cit., punto 22). Conclusioni, queste, che poggiano sul rilievo secondo cui «le regole di concorrenza



normativa belga non si rinvencono margini per un controllo *ex officio* dell'eventuale «illegittimità comunitaria» del provvedimento amministrativo<sup>116</sup>. Analogamente, però, è il percorso argomentativo, nell'ambito del quale si afferma un principio che diventerà classico nella giurisprudenza successiva, secondo cui «la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminata tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali», dovendo altresì considerarsi «i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento»<sup>117</sup>.

In tali pronunce la Corte sperimenta per la prima volta un approccio casistico, che contestualizza il canone di effettività nella realtà processuale nella quale viene calato; approccio, questo, che transita nel c.d. *test di compatibilità*<sup>118</sup>, volto a verificare, di volta in volta, se il diritto processuale nazionale renda «impossibile o eccessivamente difficile» l'applicazione del diritto dell'Unione, provocando, in caso affermativo, il «superamento» delle preclusioni processuali interne<sup>119</sup>.

---

menzionate dal giudice nazionale sono norme vincolanti, direttamente efficaci nell'ordinamento giuridico nazionale. Poiché, in forza del diritto nazionale, i giudici devono sollevare d'ufficio i motivi di diritto basati su una norma interna di natura vincolante, che non siano stati adottati dalle parti, siffatto obbligo si impone anche qualora si tratti di norme comunitarie vincolanti» (punto 13).

<sup>116</sup> Invero, il procedimento in sede di reclamo ha natura amministrativa e il successivo giudizio ospita l'udienza innanzi al giudice nazionale solo successivamente allo spirare del termine per la proposizione dei nuovi motivi a sostegno dell'impugnazione.

<sup>117</sup> Corte di giustizia, sentenza *Peterbroeck*, cit., punto 14; sentenza *van Schijndel*, cit., punto 19. Le due sentenze in esame inaugurano quella che in precedenza abbiamo definito la terza fase del principio di effettività, connotata dalla contestualizzazione del medesimo nell'ordinamento giuridico nazionale nell'ambito del quale deve essere applicata la normativa sostanziale dell'Unione (cfr. par. 1.3, in nota).

<sup>118</sup> RAITI G., *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, cit., p. 391.

<sup>119</sup> Secondo tale prospettiva, dunque, il diritto dell'Unione non impone in forma generalizzata la rilevanza d'ufficio di questioni di diritto dell'Unione, ma ricollega tale potere alla sussistenza in concreto di specifici elementi connessi alle peculiarità del procedimento *a quo*. Sul punto VITALE G., *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea*, cit., p. 54.

Tale approccio subordina la nascita di un dovere di rilievo officioso delle questioni di diritto dell'Unione a concreti indici legati alle peculiarità della disciplina nazionale, benché l'indagine sistematica della giurisprudenza comunitaria lasci spesso la sensazione che si navighi a vista, in assenza di prevedibili indici valutativi<sup>120</sup>. Non sorprende, dunque, che nel dibattito dottrinale vi è chi rinviene nella sentenza *Peterbroeck* la nascita di un filone che impone in forma incondizionata la valutazione *ex officio* della «compatibilità di un provvedimento di diritto nazionale con una disposizione comunitaria, anche quando la questione non sia stata proposta o non sia stata tempestivamente proposta nei termini di decadenza previsti dai diritti nazionali»<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> In linea di massima, si potrebbe affermare che la disciplina processuale nazionale esce indenne dal test di compatibilità allorquando sia garantito, in una qualunque fase o grado di giustizio (del medesimo procedimento), il rilievo *ex officio* delle questioni di diritto dell'Unione. Questo aspetto emerge, ad esempio, nel filone giurisprudenziale relativo all'accertamento della natura abusiva delle clausole contrattuali nel procedimento monitorio, laddove si afferma l'obbligo del giudice nazionale di procedere a siffatto accertamento nella fase di emissione del provvedimento di ingiunzione – nonostante la parzialità della cognizione tipica di tale fase – laddove le modalità e i tempi previsti dalla normativa nazionale siano potenzialmente idonei a dissuadere il consumatore dall'introdurre il processo a cognizione piena attraverso l'opposizione al fine di eccepire detta abusività. Per le più recenti sentenze sull'argomento, v. sentenza 13 settembre 2018, causa C-176/17, *Profi Credit Polska S.A. w Bielsku Białej contro Mariusz Wawrzosek*; sentenza 20 settembre 2018, causa C-448/17, *EOS KSI Slovensko s.r.o. contro Ján Danko e Margita Danková*; ordinanza 28 novembre 2018, causa C-632/17, *Powszechna Kasa Oszczędności (PKO) Bank Polski S.A. w Warszawie contro Jacek Michalski*, in quest'ultimo caso dove si afferma, al punto 42, che «se il procedimento seguito dinanzi al giudice del rinvio riguarda solo la prima fase di quest'ultimo, tale procedimento deve nondimeno essere esaminato nel suo complesso, comprendendo sia la prima fase, antecedente alla proposizione dell'opposizione, sia la successiva seconda fase». Sul tema si avrà modo di ritornare più innanzi, quando si esaminerà la sentenza *Finanmadrid*.

<sup>121</sup> BARBIERI E. M., *Poteri del giudice amministrativo e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 692. In senso contrario ASTONE F., *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, cit., 317 s., il quale sottolinea piuttosto che «caso per caso le Corti nazionali e la Corte di giustizia devono verificare che la protezione giurisdizionale dei diritti garantiti dal diritto comunitario sia efficacemente tutelata dalle norme processuali».

### 1.5 La risoluzione dei conflitti (anche) nella materia processuale: l'incerto confine tra l'interpretazione conforme e la disapplicazione vera e propria.

Si è detto sin qui che il sistema dei limiti all'autonomia processuale degli Stati membri costituisce una tecnica di integrazione degli ordinamenti nazionali che poggia sull'assenza di misure di armonizzazione nella medesima materia (le quali, a loro volta, esprimono l'altra tecnica di integrazione fin qui sperimentata a livello unionale)<sup>122</sup>.

Quello dell'autonomia processuale rappresenta, inoltre, uno dei settori nell'ambito dei quali emerge l'impiego, nella giurisprudenza comunitaria, di tecniche di ricognizione delle antinomie che attribuiscono rilievo anche ai conflitti normativi indiretti, i quali trovano composizione attraverso i noti criteri della disapplicazione e dell'interpretazione conforme, corollari della *primauté* del diritto dell'Unione. I due menzionati criteri, benché sul piano dogmatico presentino un diverso ambito di applicazione, dipendente dalla qualificazione della norma-parametro sovraordinata<sup>123</sup>, sul piano applicativo scontano una linea di confine non sempre nitida.

L'analisi delle tecniche di risoluzione dei conflitti tra norma dell'Unione e diritto nazionale richiederebbe un lavoro a sé, ma residuali esigenze di completezza suggeriscono di svolgere in questa sede alcuni rilievi, sia pure sintetici.

---

<sup>122</sup> Cfr. i rilievi svolti in precedenza, nel testo e nelle note, nonché CANNIZZARO E., *Effettività*, cit., p. 660.

<sup>123</sup> In proposito appare utile richiamare, sia pure brevemente, i principi classici che governano il rapporto tra il diritto nazionale e il diritto dell'Unione, al fine di inquadrare in forma schematica la funzione succedanea dell'interpretazione conforme rispetto all'effetto diretto. *a)* Laddove la normativa sovranazionale sia qualificabile come direttamente applicabile, sarà suscettibile di provocare la disapplicazione della normativa processuale interna con essa incompatibile, alla luce delle dottrine del primato e degli effetti diretti. *b)* Allorché, invece, la normativa unionale non sia caratterizzata nel senso indicato, non sarà idonea a produrre la disapplicazione della normativa nazionale contrastante, ma potrà svolgere pur sempre una funzione interpretativa del diritto nazionale. Ciò si verifica soprattutto in riferimento alle direttive inidonee a produrre effetti diretti, le quali pur prevalendo sull'intera normativa nazionale in virtù del principio del primato, non determinano l'inapplicabilità delle norme nazionali in conflitto. In questi casi graverà sul giudice nazionale interpretare il proprio diritto nazionale quanto più è possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, al fine di conseguire il risultato perseguito da quest'ultima (Corte di giustizia, sentenza 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*).

Come è noto, il canone dell'interpretazione conforme è stato introdotto dalla Corte di giustizia per superare l'ostacolo legato al mancato riconoscimento dell'effetto diretto orizzontale delle direttive non trasposte o non correttamente trasposte<sup>124</sup>, stabilendo che spetta ai giudici nazionali interpretare «il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima»<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> L'obbligo dell'interpretazione conforme nasce nella giurisprudenza della Corte come dovere di interpretare la norma comunitaria conformemente allo scopo che essa persegue e nell'ottica di garantire l'effetto utile del diritto comunitario sostanziale, fino ad evolversi nella necessità di interpretare il diritto nazionale in modo conforme allo scopo della norma comunitaria. Cfr. Corte di giustizia, sentenza 10 aprile 1984, causa C-14/83, *Sabine von Colson e Elisabeth Kamann contro Land Nordrhein-Westfalen*, cit., punto 15, dove si afferma che sebbene lo strumento della direttiva lascia agli Stati membri la libertà di scelta in ordine ai modi e ai mezzi, «questa libertà nulla toglie all'obbligo, per ciascuno degli Stati destinatari, di adottare, nell'ambito del proprio ordinamento giuridico, tutti i provvedimenti necessari per garantire la piena efficacia della direttiva, conformemente allo scopo che essa persegue». Come evidenziato da una parte della dottrina (CARBONE S. M., *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009, p. 19 ss.) il canone dell'interpretazione conforme potrebbe essere autonomamente ricavato dal principio di effettività, inteso nella configurazione oggettiva sopra delineata, consistente nella *vincolatività ed efficacia del diritto dell'Unione complessivamente inteso*. Invero, è il criterio di effettività che viene invocato dalla Corte di giustizia per imporre ai giudici nazionali di interpretare le disposizioni nazionali scegliendo fra le possibili interpretazioni del testo normativo quella conforme alle prescrizioni della Comunità (CARBONE S. M., *op. loc. ult. cit.*). Si pensi, ad esempio, alla sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e a.*, dove si afferma che «l'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è inerente al sistema del Trattato, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia delle norme comunitarie quando risolve la controversia ad esso sottoposta» (punto 114, corsivo aggiunto).

<sup>125</sup> Corte di giustizia, sentenza 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing SA contro La Comercial Internacional de Alimentación SA.*, in *Racc.*, 1990, 4135, punto 8; sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Konstantinos Adeneler e altri contro Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, in *Racc.*, 2006, 6057. Quest'ultima sentenza precisa, altresì, che in pendenza del termine di recepimento della direttiva gli Stati membri devono evitare di fornire interpretazioni del proprio diritto nazionale tali da pregiudicare gravemente il risultato imposto dalla direttiva e il suo effetto utile (spec. punti 115 e 123). In tal modo si garantisce «un effetto orizzontale indiretto delle direttive, le cui norme vengono immediatamente applicate dal giudice nazionale ai rapporti tra privati attraverso l'interpretazione conforme del diritto interno, che è teleologicamente orientato alla realizzazione dei risultati prescritti dalla singola direttiva» (TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 184). L'interpretazione conforme, anche nell'ordinamento dell'Unione, è riaccordata ad un

L'obbligo dell'interpretazione conforme è esteso anche alle direttive prive di effetto diretto laddove, come è noto, non può trovare spazio il rimedio della disapplicazione della norma nazionale incompatibile<sup>126</sup>, nonché agli altri atti dell'Unione di tipo intergovernativo<sup>127</sup>. In altre parole, sebbene detto obbligo sia stato originariamente elaborato con riferimento alle sole direttive, la Corte

---

rapporto di carattere gerarchico fra la norma parametro e la norma oggetto dell'attività interpretativa e diviene strumento di prevenzione dei conflitti mediante la conformazione in via ermeneutica della norma gerarchicamente inferiore rispetto ad una posta a livello gerarchico superiore (CANNIZZARO E., *L'interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, cit., p. 7; GIOVANNETTI T., *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino, 2009, p. 152). Sicché, l'obbligo in parola opererebbe in modo non dissimile rispetto all'interpretazione costituzionalmente orientata: in entrambi i casi si tratta di uno strumento che, per un verso, consente un sindacato diffuso in ordine alla compatibilità delle norme gerarchicamente inferiori rispetto alle norme parametro e, per altro verso, offre uno strumento di risoluzione delle antinomie in via ermeneutica, benché non possa escludersi che il principio dell'interpretazione conforme secondo il diritto dell'Unione presenti una potenzialità incisiva maggiore rispetto al canone dell'interpretazione *secundum constitutionem*. Occorre, invero, rilevare che secondo una opzione dottrinale, l'obbligo dell'interpretazione conforme gravante sul giudice nazionale avrebbe una portata più ampia rispetto all'interpretazione costituzionalmente orientata, consentendo al giudice nazionale anche di andare oltre il tenore letterale della disposizione e le intenzioni del legislatore. Si afferma, nel dettaglio, che il giudice nazionale così come ha il potere di «neutralizzare totalmente» la legge attraverso la disapplicazione, per permettere alla norma dell'Unione di spiegare i suoi effetti, ha anche il potere di «neutralizzare parzialmente» la disposizione interna, ricostruendone il contenuto, con il medesimo scopo di assicurare che la norma comunitaria produca i suoi effetti (FERRERES COMELLA V., *Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 2003, n. 65, p. 35; l'A. aggiunge che «pues si el juez puede llegar a inaplicar la ley, también debe poder reconstruir parcialmente su contenido para asegurar su correcto ancaje en el ordenamiento comunitario»).

<sup>126</sup> In tal caso «l'alternativa alla disapplicazione della norma interna incompatibile da parte del giudice nazionale comune è, nell'ordinamento italiano, il rinvio alla Corte costituzionale, in quanto il contrasto tra la norma interna e la norma comunitaria sprovvista di effetto diretto, insanabile in via interpretativa, è costituito come una questione di legittimità costituzionale» (TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 186). In giurisprudenza si vedano le note sentenze della Corte costituzionale del 13 luglio 2007, n. 284 e del 28 gennaio 2010, n. 28.

<sup>127</sup> Si veda, in particolare, la sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Procedimento penale a carico di Maria Pupino*, dove si è precisato che anche dalle decisioni-quadro consegue una necessaria interpretazione e applicazione delle norme nazionali in condizioni e secondo modalità che consentano di conseguire l'obiettivo e di beneficiare delle medesime.

di giustizia è giunta a configurarlo come un obbligo generalizzato, nella misura in cui ne afferma la vigenza nei confronti di tutti gli atti delle istituzioni comunitarie, dal trattato istitutivo alle raccomandazioni<sup>128</sup>.

L'estensione del canone dell'interpretazione conforme per quanto concerne il «lato attivo», ossia le norme parametro, fa sì che lo strumento in parola svolga una funzione *lato sensu* normativa, che consente di colmare le carenze delle norme parametro soprattutto per ciò che concerne l'inidoneità delle medesime a regolare le fattispecie concrete<sup>129</sup>. In questi casi, l'interpretazione conforme diviene uno strumento succedaneo rispetto agli effetti diretti, che consente alla norma parametro di regolare la fattispecie sia pure in forma mediata, attraverso l'attività interpretativa<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> GIOVANNETTI T., *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, cit., p. 156; CARBONE S. M., *Principio di effettività e diritto comunitario*, cit., p. 21. Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale ANTONIO TIZZANO presentate il 30 giugno 2005 in relazione alla causa C-144/04, *Werner Mangold contro Rüdiger Helm*, dove si afferma, al punto 117, «l'obbligo di interpretazione conforme costituisce uno degli effetti "strutturali" della norma comunitaria che consente, assieme allo strumento più "invasivo" dell'efficacia diretta, l'adeguamento del diritto interno ai contenuti e agli obiettivi dell'ordinamento comunitario. Proprio in ragione della sua indicata natura, detto obbligo si impone con riguardo a tutte le fonti dell'ordinamento, si traducano esse in norme primarie o di diritto derivato, in atti produttivi di effetti giuridici vincolanti o non. Perfino per le raccomandazioni, infatti, la Corte ha affermato che "i giudici nazionali sono tenuti a prender[le] in considerazione ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio"».

<sup>129</sup> Si pensi ai due strumenti normativi sopra citati, vale a dire le direttive prive di effetto diretto e gli atti dell'Unione di tipo intergovernativo, i quali possono essere rispettivamente ricondotti nelle ipotesi qualificate dalla dottrina come «insufficienza funzionale» e «incompiutezza strutturale» delle norme parametro. La prima ipotesi si verifica allorché la legge interna impedisca l'applicazione della normativa comunitaria e la rimozione dell'ostacolo avviene attraverso l'effetto interpretativo riconosciuto alla norma parametro rispetto alla norma oggetto di interpretazione. La seconda ricorre nei casi in cui la norma parametro è incompleta nei suoi elementi strutturali e, dunque, inidonea a realizzare i propri obiettivi mediante la disciplina diretta di fattispecie nazionali, sicché può acquisire tale capacità attraverso l'effetto interpretativo. Sull'argomento CANNIZZARO E., *L'interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, in BERNARDINI A. (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico. Atti del Convegno inaugurale del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara*, Napoli, 2015, p. 13.

<sup>130</sup> In questa prospettiva, dunque, l'interpretazione conforme, oltre a costituire una tecnica ermeneutica, rappresenta uno strumento *lato sensu* normativo: la norma

I rilievi che precedono consentono di comprendere lo stretto legame che intercorre tra i principi del primato, dell'effetto diretto e dell'interpretazione conforme. Tale legame sorregge il profilo problematico del quale si è cercato di dar conto in premessa: la linea di confine tra la risoluzione del conflitto in via ermeneutica, attraverso l'interpretazione conforme, ovvero in via applicativa/normativa, attraverso la disapplicazione vera e propria, nel concreto non appare sempre chiara e netta. Invero, diverse sono le sentenze in materia processuale nelle quali la Corte del Lussemburgo risolve in termini interpretativi il quesito sottoposto dal giudice *a quo* in termini applicativi, conseguendo nella sostanza il medesimo risultato della disapplicazione della normativa nazionale confliggente<sup>131</sup>. Ciò si verifica nei casi in cui la disposizione nazionale non è suscettibile di essere interpretata in conformità con il diritto dell'Unione, sicché la disapplicazione risulta essere l'unica strada sostanzialmente percorribile per la risoluzione del conflitto.

Questo profilo emerge dalla lettura di una delle sentenze capostipite della giurisprudenza comunitaria in tema di autonomia procedimentale degli Stati membri, ossia la pronuncia *Océano Grupo*<sup>132</sup>, la quale rappresenta altresì in momento inaugurale della dottrina in tema di accertamento giudiziale della natura abusiva delle clausole contrattuali<sup>133</sup>.

---

parametro, che non può disciplinare direttamente una certa fattispecie per le insufficienze appena viste, vi provvede influenzando l'interpretazione della norma nazionale (CANNIZZARO E., *L'interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, cit., p. 12).

<sup>131</sup> In altri termini, non mancano arresti del Kirchberg che risolvono il conflitto tra la normativa processuale nazionale e la normativa unionale priva di effetti diretti – inidonea, pertanto, a provocare la disapplicazione della prima – attraverso il criterio dell'interpretazione conforme, offrendo tuttavia una soluzione ermeneutica inconciliabile con il dettato letterale della norma processuale nazionale.

<sup>132</sup> Corte di giustizia, sentenza 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA contro Roció Murciano Quintero (C-240/98) e Salvat Editores SA contro José M. Sánchez Alcón Prades (C-241/98)*, *José Luis Copano Badillo (C-242/98)*, *Mohammed Berroane (C-243/98)* e *Emilio Viñas Feliú (C-244/98)*.

<sup>133</sup> Per la giurisprudenza comunitaria, oltre alla sentenza *Océano Grupo Editorial*, cit., anche sentenza 21 novembre 2002, causa C-473/00, *Cofidis SA contro Jean-Louis Fredout*; sentenza 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro contro Centro Móvil Milenium SL*; sentenza del 14 giugno 2012, causa C-618/10, *Banco Español de Crédito*; sentenza 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon GSM Zrt. contro Erzsébet Sustikné Gyórfi*; sentenza 17 dicembre 2009, causa C-227/08, *Eva Martín c. EDP Editores*. Più di recente, Corte di

### 1.5.1 *La sentenza Océano Grupo tra «efficacia interpretativa» ed «efficacia applicativa» della direttiva non trasposta nei termini.*

Nel caso *Océano Grupo* si trattava di verificare se il giudice nazionale potesse rilevare d'ufficio la propria incompetenza dopo aver accertato la natura abusiva della clausola di deroga della competenza per territorio, anche a condizione di dover disapplicare la norma interna che preclude(va) la rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza.

La peculiarità della vicenda attiene al fatto che la Direttiva 93/13/CEE, applicabile nella specie, non era ancora stata recepita nell'ordinamento spagnolo e, trattandosi di una controversia tra privati, il contrasto tra la disciplina processuale interna e la direttiva non poteva essere risolto attraverso la disapplicazione delle prime, in base alla consolidata dottrina che esclude l'effetto diretto orizzontale delle direttive non trasposte o non correttamente trasposte<sup>134</sup>.

---

giustizia, sentenza 7 novembre 2019, cause C-419/18 e C-483/18, *Profi Credit Polska*, nonché sentenza 4 giugno 2020, causa C-495/19, *Kancelaria Medius SA contro RN*, nell'ambito delle quali si afferma che il giudice nazionale, che sia investito di un ricorso proposto da un professionista nei confronti di un consumatore, quest'ultimo rimasto contumace, è tenuto ad adottare i mezzi istruttori necessari per valutare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole contrattuali sulle quali il professionista ha fondato la propria domanda, qualora detto giudice nutra dubbi in merito al carattere abusivo di tali clausole, ai sensi della citata direttiva 93/13/CEE. Per la dottrina, NIEVA FENOLL J., *La actuación de oficio del juez nacional europeo*, in *Justicia*, 2017, p. 181 ss., spec. 189; PATTI F.P., *Oltre il caso "Pannon": poteri istruttori del giudice e tutela del consumatore*, nota a sentenza 9 novembre 2010, causa C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt. contro Ferenc Schneider*, in *I contratti*, 2011, 2, p. 113 ss.; FERNÁNDEZ SEJO J. M., *La tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales*, Barcellona, 2017, *passim*.

<sup>134</sup> G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2012, p. 174 ss. Invero, è noto che la Corte di giustizia, a partire dalla sentenza *Marshall* (sentenza 26 febbraio 1986, causa C-152/84, *M. H. Marshall contro Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*); in senso analogo la sentenza 7 marzo 1996, causa C-192/94, *El Corte Inglés*) ha affermato che la direttiva non trasposta o non correttamente trasposta che abbia un contenuto incondizionato e sufficientemente preciso possa essere invocata soltanto nei confronti di ciascuno Stato membro a cui si dirige, non anche nei confronti dei privati. Nella successiva sentenza *Faccini Dori* (sentenza 14 luglio 1991, causa C-91/92, *Paola Faccini Dori contro Recreb Srl*) riguardante una controversia tra consumatore e professionista, al fine di mitigare gli effetti negativi connessi al mancato riconoscimento dell'effetto diretto orizzontale delle direttive non trasposte o non correttamente trasposte, la Corte di giustizia invoca l'efficacia interpretativa della direttiva in sede di applicazione del diritto nazionale e il principio di responsabilità degli Stati membri nei confronti dei privati quale conseguenza del danno o pregiudizio derivante dalla infrazione al diritto dell'Unione (*ivi*, punti 26 e 27). Si realizza, così, una



Come è noto, la Corte di giustizia afferma che il giudice nazionale può rilevare d'ufficio l'abusività di una clausola di deroga della competenza per territorio inserita in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, sebbene la legge processuale nazionale precludesse siffatto rilievo officioso. Conclusioni, queste, che si fondano sulla dottrina *Faccini Dori* e, in particolare, sull'obbligo del giudice interno di interpretare il diritto nazionale in modo conforme alla lettera e allo scopo della direttiva non ancora trasposta; applicato alla materia in esame, il canone dell'interpretazione conforme avrebbe imposto «al giudice nazionale di preferire l'interpretazione che gli consenta di declinare d'ufficio la competenza attribuitagli da una clausola abusiva»<sup>135</sup>.

La sentenza offre al tema in esame una prospettiva di indagine di notevole importanza. Invero, il diritto processuale spagnolo sembrava non offrire adeguati margini per una interpretazione conforme alla lettera e allo scopo della direttiva 93/13/CEE, precludendo la rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza per territorio senza eccezioni, dunque anche laddove il giudice adito fosse quello della sede del professionista<sup>136</sup>. Per questo motivo, l'Avvocato generale A. SAGGIO

---

mitigazione della negazione in termini assoluti dell'operatività orizzontale della direttiva non recepita (ALONSO GARCÍA R., *El juez español y el Derecho Comunitario*, Madrid, 2003, p. 140).

<sup>135</sup> Sentenza *Océano Grupo*, cit., punto 32.

<sup>136</sup> Giova richiamare, in proposito, le parole dell'Avvocato generale A. SAGGIO nelle conclusioni scritte al caso *Océano Grupo* presentate il 16 dicembre 1999, laddove si evidenzia che «nella fattispecie non [è] agevole ricorrere al rimedio dell'«interpretazione conforme» delle disposizioni dell'ordinamento nazionale rispetto allo scopo e alla lettera della direttiva, come richiesto al giudice nazionale secondo una nota giurisprudenza della Corte, qualora una direttiva non sia stata correttamente recepita nell'ordinamento interno». Invero, «tra le disposizioni processuali interne e la direttiva è presente un chiaro ed aperto contrasto, comportando la loro applicazione degli effetti totalmente diversi: da una parte, la norma processuale interna consente, anche rispetto ai contratti conclusi tra un professionista ed un consumatore che rientrino nel campo di applicazione della direttiva, di scegliere come foro esclusivamente competente per le controversie che derivano dal contratto quello della sede del professionista, derogando ai criteri generali di competenza; dall'altra, i principi generali che informano la disciplina di tutela del consumatore contenuta nella direttiva, così come ricostruiti in precedenza, richiedono che la clausola contrattuale che impone una tale soluzione, in quanto «abusiva» ai sensi della direttiva, non sia capace di vincolare il consumatore. All'evidenza, non pare che esista una disposizione di diritto interno che si possa «interpretare» in maniera da raggiungere l'obiettivo richiesto dalla direttiva» (punto 28, corsivo aggiunto).

aveva proposto una soluzione più articolata, consistente nel riconoscere alla direttiva non trasposta nei termini l' idoneità a provocare la disapplicazione (*rectius*, l'esclusione) delle disposizioni nazionali confliggenti, ferma la negazione dell'efficacia diretta orizzontale<sup>137</sup>. Per tale via, il giudice nazionale avrebbe potuto disapplicare la normativa nazionale incompatibile con la direttiva (benché non trasposta), perché quest'ultima comunque prevalente rispetto alla prima, sebbene la controversia riguardasse due parti private<sup>138</sup>.

La Corte del Lussemburgo, invece, esclude tale opzione e restando fedele alla dottrina *Marshall* e *Faccini Dori* risolve in termini puramente interpretativi la questione prospettata dal giudice *a quo*.

---

<sup>137</sup> Nel dettaglio, l'Avvocato generale suggeriva di operare una distinzione «tra l'effetto diretto di una disposizione di diritto comunitario, inteso in senso stretto, come facoltà di invocare in giudizio detta disposizione nei confronti di un altro soggetto, e la sua capacità di fungere da parametro di legittimità di una norma di grado inferiore nella gerarchia delle fonti» (punto 31). Sulla base di tale distinzione, la direttiva non trasposta o non correttamente trasposta nei termini, pur se inidonea a far sorgere diritti invocabili nelle controversie tra privati, avrebbe potuto escludere l'applicazione della norma nazionale con essa incompatibile, perché comunque prevalente rispetto al diritto interno. Si affermava, in particolare, che «una corretta applicazione del principio della supremazia del diritto comunitario sul diritto interno così come l'esigenza di garantire una uniforme applicazione delle norme comunitarie comportano che le direttive non recepite, una volta scaduto il termine per la loro attuazione nel diritto interno, possano produrre l'effetto di *escludere l'applicazione della regola nazionale difforme*, anche qualora, per mancanza di precisione ovvero perché non direttamente efficaci nei rapporti "orizzontali", non attribuiscono ai singoli diritti invocabili in giudizio» (conclusioni dell'Avvocato generale ANTONIO SAGGIO, cit., punto 30).

<sup>138</sup> La via solutoria consisteva, dunque, nella prospettazione dell'«effetto di "esclusione" nei confronti di norme interne incompatibili» che andrebbe comunque riconosciuto alla direttiva non recepita, indipendentemente dalla natura pubblica o privata della controversia (punto 31 delle conclusioni). Nel dettaglio, l'Avvocato generale richiama alcune sentenze della Corte di giustizia che, facendo uso in termini estensivi del canone dell'interpretazione conforme, indirettamente riconoscerebbero alla direttiva non trasposta nei termini l' idoneità a produrre la disapplicazione delle norme nazionali confliggenti. Tra queste viene richiamata in particolare la sentenza 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, dove la Corte ha chiesto al giudice nazionale di interpretare il codice civile spagnolo in maniera da escludere l'applicazione delle disposizioni che individuano ipotesi di nullità del contratto costitutivo di una società di capitali non contemplate dalla direttiva 68/151/CEE, del 9 marzo 1968, non recepita. Per la dottrina si rinvia a BELDA DE MERGELINA R., *La sentencia «Marleasing»: ¿Interpretación del Derecho nacional conforme a las Directivas comunitarias o efecto directo horizontal de las Directivas?*, in *Gaceta Jurídica de la CEE*, 1991, B-60, p. 3 ss.

Ma, pur mantenendosi sul piano ermeneutico, si consegue un risultato prossimo alla disapplicazione, consistente in una sostanziale «esclusione» della norma processuale nazionale che preclude al giudice nazionale di pronunciare *ex officio* un provvedimento declinatorio della competenza per territorio in ragione (anche) della natura abusiva della clausola elettiva del foro esclusivamente competente nel territorio della sede del professionista<sup>139</sup>.

### 1.6 Una premessa sulla «cooperazione in forma coattiva».

Nell'esame dell'integrazione processuale non può non trovare spazio la disamina dei meccanismi di intervento *post* violazione contemplati dal diritto dell'Unione, i quali con alcune varianti trovano applicazione anche in relazione alle infrazioni imputabili agli organi giurisdizionali nazionali.

Tali meccanismi acquistano una particolare rilevanza nella prospettiva dell'architettura istituzionale dell'Unione, perché il principio di insurrogabilità degli organi giurisdizionali interni<sup>140</sup> si fonda sul rilievo che (solo) le pronunce da questi provenienti sono soggette alle procedure in grado di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione, vale a dire l'assoggettabilità dello Stato alla procedura di infrazione e il principio di responsabilità risarcitoria del medesimo Stato per il ristoro dei danni arrecati ai singoli dalle violazioni del diritto dell'Unione.

Si tenterà, nelle prossime righe, di verificare se e in che misura tali strumenti di reazione siano impiegabili laddove la violazione consista nella mancata rimessione della questione pregiudiziale quando obbligatoria (da qui l'espressione «cooperazione in forma coattiva»).

Infine, si è scelto di collocare nell'ambito di tali meccanismi anche il filone giurisprudenziale che relativizza il giudicato laddove «ingiusto» dal punto di vista del diritto dell'Unione, dal momento che

---

<sup>139</sup> Dunque, la soluzione proposta sembra collocarsi al di fuori dei confini della interpretazione, assumendo le vesti di una sostanziale disapplicazione della normativa nazionale confliggente. Da questo punto di vista, la sentenza *Océano Grupo*, oltre a costituire una delle più importanti manifestazioni della giurisprudenza comunitaria in tema di autonomia procedimentale, rappresenta altresì uno degli arresti in cui il canone dell'interpretazione conforme è solo enunciato, celando in concreto una vera e propria disapplicazione della norma interna in favore della norma comunitaria (come rilevato da GIOVANNETTI T., *L'Europa dei giudici*, cit., p. 153).

<sup>140</sup> Su cui si rinvia anche ai rilievi che verranno formulati nel secondo capitolo.

la gran parte delle sentenze collocabili in questo filone hanno come presupposto la violazione dell'obbligo di rimessione, sicché non sembra azzardato collocare l'attenuazione dell'autorità del giudicato tra gli strumenti di reazione del diritto dell'Unione alle più gravi ipotesi di inadempimento dell'obbligo di rinvio.

### **1.7 I problemi connessi alla responsabilità risarcitoria dello Stato per fatto del giudice supremo e la questione della configurabilità della responsabilità nei casi di violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale.**

Nella sentenza *Köbler*<sup>141</sup> la Corte di giustizia – completando il sistema della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario elaborato a partire dagli arresti *Francovich*<sup>142</sup> e *Brasserie du Pêcheur*<sup>143</sup> – apre all'ipotesi di una responsabilità

---

<sup>141</sup> Corte di giustizia, sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Gerhard Köbler contro Republik Österreich*, in *Racc.*, 10239; in *Foro it.*, 2004, IV, c. 3, con nota di SCODITTI E., «*Francovich*» presa sul serio: la responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale.

<sup>142</sup> Corte di giustizia, sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e 9/90, *Andrea Francovich e altri contro Repubblica italiana*, in *Racc.*, 5357; in *Foro it.*, 1992, IV, c. 145, con note di BARONE A. – PARDOLESI R., *Il fatto illecito del legislatore*, e PONZANELLI G., *L'Europa e la responsabilità civile*. La sentenza, come è noto, verte sulla mancata attuazione da parte del nostro Paese di alcune disposizioni della direttiva 80/987/CEE che prevedono garanzie specifiche a tutela dei crediti vantati dai lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro, consistenti nella costituzione di un «fondo di garanzia» da utilizzare per la corresponsione dei crediti di lavoro. Secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, la predetta direttiva comunitaria non è dotata di efficacia diretta perché si presenta incompleta quanto alla individuazione del soggetto tenuto a prestare la garanzia per i crediti di lavoro. Di conseguenza, gli interessati non avrebbero potuto far valere i loro diritti innanzi al giudice italiano in assenza di provvedimenti di attuazione.

<sup>143</sup> Corte di giustizia, sentenza 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, in *Racc.*, 1996, I, p. 1029 ss. In argomento, CATALANO G., *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo*, in *Foro it.*, 1996, IV, c. 321.

risarcitoria per inadempimento come conseguenza di una pronuncia di organi giurisdizionali di ultima istanza<sup>144</sup>.

Nel dettaglio, è noto che con la sentenza *Francovich* si afferma per la prima volta il generale principio di responsabilità dello Stato per i danni causati ai singoli da violazioni del diritto dell'Unione e si sottrae il fondamento di detta responsabilità al diritto nazionale degli Stati membri. È la Corte di giustizia ad individuare le condizioni sostanziali del suo operare<sup>145</sup>, vale a dire: *a*) che la norma di diritto comunitario violata sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli; *b*) che il contenuto di tali diritti possa essere identificato sulla base delle disposizioni della norma violata<sup>146</sup>; *c*) che sussista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo posto a carico dello Stato membro e il danno subito dal soggetto leso<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> BIAVATI P., *Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato*, in *Int'l Lis*, 2005, p. 62 ss., spec. p. 63.

<sup>145</sup> GIOVANNETTI T., *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, cit., p. 234. In assenza di disposizioni del diritto dell'Unione spetta, invece, agli Stati membri – alla luce del principio di autonomia processuale – individuare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi dei singoli.

<sup>146</sup> Nella giurisprudenza comunitaria successiva il secondo requisito è sostituito con quello secondo cui deve trattarsi di una violazione sufficientemente caratterizzata del diritto comunitario. Sul punto FERRARO F., *Questioni aperte sul tema della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Dir. Un. eur.*, 2007, p. 55 ss., spec. p. 70, nota 44.

<sup>147</sup> Il riconoscimento della responsabilità risarcitoria dello Stato membro per i danni causati ai singoli dalla mancata attuazione di direttive si fonda sull'assunto secondo cui «sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro» (sentenza *Francovich*, cit., punto 33). In questo modo la sentenza, oltre a completare il sistema di tutela dei diritti di derivazione comunitaria con fonte in una direttiva non trasposta, svolge una funzione deterrente nei confronti dello Stato membro inadempiente. Come rilevato in dottrina, la sentenza «può essere intesa come l'ideale continuazione di sentenze fondamentali nell'evoluzione del diritto comunitario, quali ad esempio *Van Gend en Loos*, *Costa v ENEL*, *Simmenthal* e *Factortame*, tutte improntate dall'esigenza di affermare la supremazia e l'effettività del diritto medesimo» (FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008, p. 33). Giova richiamare, in proposito, le conclusioni dell'Avvocato generale PHILIPPE LÉGER alla causa *Köbler* presentate l'8 aprile 2003, dove si afferma che l'obbligo risarcitorio «costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, fondamentale come quello del primato del diritto comunitario o dell'efficacia diretta. Infatti, così come questi due principi, l'obbligo per lo Stato di

Con la successiva sentenza *Brasserie du Pêcheur* la Corte di giustizia estende il principio della responsabilità risarcitoria a qualsiasi ipotesi di violazione commessa dallo Stato membro, dunque anche al di fuori dei casi, espressamente considerati in *Francoovich*, di mancato recepimento di una direttiva<sup>148</sup>. Inoltre, la Corte lussemburghese assimila per la prima volta il regime della responsabilità extracontrattuale degli Stati a quello della Comunità<sup>149</sup> e riformula la seconda delle condizioni in presenza dei quali può sorgere detta responsabilità, stabilendo che deve trattarsi di una «violazione sufficientemente caratterizzata» del diritto dell'Unione<sup>150</sup>.

---

risarcire i danni causati ai singoli dalla violazione del diritto comunitario *contribuisce a garantire la piena efficacia del diritto comunitario* mediante una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che ai singoli derivano dall'ordinamento giuridico comunitario» (punto 35; corsivo aggiunto).

<sup>148</sup> Invero, le questioni pregiudiziali risolte dalla Corte della sentenza *Brasserie* erano state sollevate nell'ambito di due controversie sulla responsabilità extracontrattuale degli Stati membri, l'una riguardante la normativa della Repubblica tedesca che vietava l'importazione e la commercializzazione nel territorio nazionale di birre legalmente prodotte in altri Stati membri, l'altra relativa alla normativa del Regno Unito sull'immatricolazione dei natanti da pesca che imponeva condizioni discriminatorie in base alla nazionalità per la registrazione nell'apposito registro navale britannico. Nelle due controversie, dunque, venivano in rilievo la responsabilità extracontrattuale, rispettivamente, della Repubblica tedesca e del Regno Unito per violazione di norme del Trattato CEE provviste di efficacia diretta, vale a dire gli articoli 30 e 52 (FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, cit., p. 34).

<sup>149</sup> Il parallelismo tra i due regimi di responsabilità verrà spesso ribadito dalla giurisprudenza comunitaria sulla responsabilità risarcitoria per violazione del diritto comunitario da parte degli Stati membri, e si fonda sul rilievo che la tutela dei diritti di derivazione comunitaria attribuiti ai singoli non può variare in funzione della natura, nazionale o comunitaria, dell'organo che ha cagionato il danno (sentenza *Brasserie*, cit., punto 42).

<sup>150</sup> Diversi sono in contributi in dottrina sulla responsabilità extracontrattuale dello Stato membro per violazione del diritto dell'Unione, tra cui si rinvia, oltre alla dottrina che sarà citata di seguito, anche a FUMAGALLI L., *La responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000; MASTROIANNI R., *Direttive non attuate, rimedi alternativi e principio di uguaglianza*, in *Dir. Un. eur.*, 1998, p. 81; MARTÍN RODRÍGUEZ P., *La responsabilidad del Estado por actos judiciales de derecho comunitario*, in *Revista de Derecho Comunitario europeo*, 2004, n. 19, p. 829 ss.; GUICHOT E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Valencia, 2001; PÉREZ GONZÁLEZ C., *Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento del Derecho comunitario*, Valencia, 2001; JANER TORRENS J. D., *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacional es por enfracción del Derecho comunitario*, Valencia, 2002.

Quest'ultima condizione, in particolare, deve essere valutata attraverso una serie di fattori, tra i quali spicca l'ampiezza del potere discrezionale attribuito alle autorità nazionali, il carattere intenzionale o involontario della violazione commessa, la scusabilità o inescusabilità dell'errore<sup>151</sup>.

La condizione della «violazione sufficientemente caratterizzata» consente, dunque, di risolvere il problema dell'imputazione soggettiva dell'illecito dello Stato, atteso che il dolo e la colpa non fungono da *autonomi* elementi costitutivi della responsabilità comunitaria ma, piuttosto, vengono collocati nell'ambito della valutazione complessiva che il giudice nazionale deve compiere al fine di accertare la sussistenza della predetta condizione<sup>152</sup>.

Nella stessa sentenza *Brasserie du Pêcheur* la Corte di giustizia evidenzia che la responsabilità comunitaria dello Stato membro può sussistere indipendentemente dall'organo interno a cui sia imputabile la violazione rilevante nel senso sopra indicato. Tuttavia, è solo con la sentenza *Köbler* che la Corte sancisce in modo espresso il principio della responsabilità risarcitoria dello Stato per atto imputabile ad un organo giurisdizionale di ultima istanza<sup>153</sup>, superando definitivamente

---

<sup>151</sup> FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri*, cit., p. 78; GIOVANNETTI T., *op. cit.*, p. 236. Gli ulteriori fattori presi in considerazione dalla giurisprudenza comunitaria al fine di valutare la sussistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata sono il grado di chiarezza e di precisione della norma violata e la circostanza che eventuali comportamenti adottati dalle istituzioni comunitarie abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario. Sul punto, Corte di giustizia, sentenza *Brasserie du Pêcheur*, cit., punto 56.

<sup>152</sup> FERRARO F., *op. ult. cit.*, p. 81; CALZOLAIO E., *L'illecito dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in ALPA G. – CAPILLI G. (a cura di), *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2008, p. 611. In questo scenario, merita più attenzione quello relativo alla valutazione della discrezionalità dello Stato membro: per la giurisprudenza comunitaria, la violazione può essere presunta quando lo Stato risulta vincolato ad un preciso obbligo di risultato, mentre deve essere accertata in concreto quando l'azione dello Stato sia caratterizzata da un certo margine di discrezionalità, laddove la violazione può essere considerata «sufficientemente caratterizzata» solo allorquando lo Stato abbia disconosciuto «in modo palese e grave» i limiti che si impongono all'esercizio dei suoi poteri. Sul punto, RASIA C., *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del giudice supremo: il caso Traghetti del Mediterraneo contro Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 661 ss., spec. p. 666.

<sup>153</sup> Nella domanda sottoposta all'attenzione della Corte un docente universitario austriaco con esperienze di insegnamento in Germania aveva contestato dinanzi alle giurisdizioni nazionali la conformità, con il diritto comunitario in materi di libera

le resistenze legate al rischio di un pregiudizio ai principi di separazione dei poteri, di indipendenza dei giudici e di intangibilità del giudicato.

La sentenza *Köbler* evoca la dottrina, di ispirazione internazionalistica, dell'unità dello Stato, secondo cui ciascuno Stato membro è percepito dall'ordinamento sovranazionale come una unità monolitica<sup>154</sup>, sicché la responsabilità patrimoniale del medesimo «opera rispetto a qualunque ipotesi di violazione e quale che sia l'organo la cui azione od omissione vi abbia dato origine»<sup>155</sup>.

La responsabilità risarcitoria per atti imputabili al potere giudiziario sussiste alle medesime condizioni elaborate dalla giurisprudenza comunitaria in riferimento agli organi legislativi ed esecutivi<sup>156</sup>, con

---

circolazione dei lavoratori, della normativa austriaca sul trattamento economico dei professori universitari, più favorevole per coloro che avevano svolto l'insegnamento in Austria piuttosto che in altri Paesi comunitari. Il giudice di ultima istanza respingeva la domanda del docente sulla base di una interpretazione errata del diritto comunitario e – questo il punto rilevante – omettendo di sollevare la questione pregiudiziale di interpretazione in violazione dell'(allora) articolo 234 del Trattato. Il docente si rivolgeva, così, al Tribunale civile di Vienna, il quale adiva la Corte di giustizia onde verificare la configurabilità di una responsabilità risarcitoria dello Stato austriaco per le violazioni del diritto comunitario imputabili agli organi giurisdizionali di ultimo grado. L'Avvocato generale PHILIPPE LÉGER, nelle sue conclusioni al caso *Köbler* presentate l'8 aprile 2003 rileva che «in assenza di possibilità di ricorso contro una decisione emessa da un organo giurisdizionale supremo, solo un'azione per responsabilità consente - in ultima *ratio* - di garantire il ripristino del diritto leso e, infine, di assicurare un livello adeguato alla tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che ai singoli derivano dall'ordinamento giuridico comunitario» (punto 38).

<sup>154</sup> ALEMANNO A. – IPPOLITO F., *La responsabilità dello Stato nei confronti dei privati per le violazioni commesse dai giudici di ultima istanza: il risarcimento dei danni causati dalle sentenze definitive*, in SPITALERI F. (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della Cedu sugli atti nazionali definitivi*, cit., p. 61, spec. p. 65. Oltre alla sentenza *Köbler*, cit., punto 32, diverse sono le sentenze della Corte di giustizia che sposano l'approccio internazionalistico circa la configurazione dello Stato in modo unitario. In particolare, sentenza *Brasserie du Pêcheur*, cit., punti 32 e 34; sentenza 1° giugno 1999, causa C-302/97, *Klaus Konle contro Republik Österreich*, in *Racc.*, 1999, I, p. 3088 ss., punti 62.

<sup>155</sup> FERRARO F., *Questioni aperte sulla responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, cit., p. 58.

<sup>156</sup> Corte di giustizia, sentenza *Köbler*, cit., punto 51; per la giurisprudenza comunitaria successiva in materia di condizioni per l'operatività della responsabilità patrimoniale dello Stato membro si vedano le sentenze 4 luglio 2000, causa C-424/97, *Salomone Haim contro Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*; 2 aprile 1998, causa C-127/95, *Norbrook Laboratories Ltd contro Ministry of*



una variante concernente la seconda condizione, vale a dire la *violazione sufficientemente caratterizzata* del diritto comunitario. Invero, al fine di tener conto della specificità della funzione giurisdizionale nonché delle legittime esigenze di certezza del diritto, la Corte di giustizia elabora un criterio di valutazione più rigoroso, stabilendo che la responsabilità dello Stato «può sussistere solo *nel caso eccezionale* in cui il giudice abbia violato in maniera *manifesta* il diritto vigente» (corsivo aggiunto)<sup>157</sup>.

Si precisa, inoltre, che la manifesta violazione deve essere valutata tenendo in considerazione «tutti gli elementi che caratterizzano la controversia», tra i quali compaiono, oltre a quelli indicati nella sentenza *Brasserie du Pêcheur*, anche «la posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria», nonché l'inosservanza dell'*obbligo* di rimessione pregiudiziale da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi<sup>158</sup>. In ogni caso, la manifesta violazione del diritto comunitario deve ritenersi presunta se la decisione «è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte» in materia<sup>159</sup>.

La sentenza *Köbler* apre alla riflessione su due diverse questioni: la prima concerne il rapporto che intercorre tra l'azione risarcitoria promossa dal singolo e la sentenza definitiva da cui deriva la trasgressione al diritto dell'Unione; la seconda riguarda, invece, l'incidenza del principio affermato nella sentenza sull'obbligo di rimessione pregiudiziale.

Partiamo dalla prima. La Corte, sollecitata dalle osservazioni presentate da alcuni Stati membri intervenuti in giudizio, ha negato che la responsabilità risarcitoria dello Stato membro per violazione del

---

*Agriculture, Fisheries and Food*; 26 marzo 1996, causa C-392/93, *The Queen contro H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc*.

<sup>157</sup> Corte di giustizia, sentenza *Köbler*, cit., punto 53. Tali condizioni «sono necessarie e sufficienti per attribuire ai singoli un diritto al risarcimento, senza tuttavia escludere che la responsabilità dello Stato possa essere accertata a condizioni meno restrittive sulla base del diritto nazionale» (sentenza *Köbler*, cit., punto 57; sentenza *Brasserie du pêcheur*, cit., punto 66).

<sup>158</sup> Corte di giustizia, sentenza *Köbler*, cit., punti 54 e 55.

<sup>159</sup> Corte di giustizia, sentenza *Köbler*, cit., punto 56. Occorre rinviare, in proposito, alle osservazioni svolte nel capitolo secondo (spec. par. 2 con i relativi sotto-paragrafi) in relazione all'efficacia vincolante del precedente pregiudiziale della Corte di giustizia. In questa prospettiva si colloca la pronuncia in esame, atteso che la violazione della «giurisprudenza» della Corte fa sorgere la presunzione circa la sussistenza della violazione manifesta del diritto dell'Unione, rilevante in sede di accertamento della responsabilità risarcitoria dello Stato membro.

diritto comunitario da parte dei giudici nazionali di ultima istanza possa trovare un ostacolo nel principio dell'intangibilità del giudicato<sup>160</sup>.

Rinviano ad altra sede il tema del complesso rapporto che intercorre tra il diritto dell'Unione e i provvedimenti assistiti dall'autorità del giudicato<sup>161</sup>, occorre rilevare che nella sentenza in esame la Corte lussemburghese esclude la sussistenza di una (perfetta) coincidenza tra la causa relativa all'azione aquiliana e quella relativa alla vicenda sostanziale che ha dato luogo alla sentenza passata in giudicato, presentando le due cause oggetto e parti diverse<sup>162</sup>. Osservazioni condivise da quanti hanno rilevato che proprio l'efficacia giuridica del giudicato fonda la responsabilità dello Stato dal punto di vista comunitario, rappresentando il presupposto logico e giuridico del fatto illecito<sup>163</sup>.

In senso contrario, è stato acutamente osservato che la diversità sotto il profilo soggettivo e oggettivo tra le due cause invocata dalla Corte di giustizia non è una costante. Invero, il cittadino soccombente che in futuro chiede il risarcimento dei danni in conseguenza di una lesione di una sua posizione soggettiva perpetrata in violazione del diritto dell'Unione da una decisione di un giudice nazionale di ultima istanza, potrebbe ottenere un bene della vita tendenzialmente equivalente a quello che il giudicato gli aveva negato. Così come non può escludersi una coincidenza di natura soggettiva tutte le volte in cui la controparte del primo giudizio sia lo Stato, anche se identificato

---

<sup>160</sup> FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri*, cit., p. 44.

<sup>161</sup> Cfr. paragrafo 1.9, con relativi sottoparagrafi.

<sup>162</sup> Corte di giustizia, sentenza *Köbler*, cit., punto 39 dove si afferma che «il riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado non ha di per sé come conseguenza di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata di una tale decisione. Un procedimento inteso a far dichiarare la responsabilità dello Stato non ha lo stesso oggetto e non implica necessariamente le stesse parti del procedimento che ha dato luogo alla decisione che ha acquistato l'autorità della cosa definitivamente giudicata [...]. In ogni caso, il principio della responsabilità dello Stato inerente all'ordinamento giuridico comunitario richiede un tale risarcimento, ma non la revisione della decisione giurisdizionale che ha causato il danno».

<sup>163</sup> SCODITTI E., «*Francovich*» *presa sul serio: la responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*, cit., c. 5; PICARDI N., *Eventuali conflitti fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 2008, p. 559, spec. p. 560; FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri*, cit., p. 49.

in articolazioni interne diverse<sup>164</sup>. Sicché, secondo tale ultima prospettiva, la sentenza *Köbler* rappresenterebbe il momento inaugurale del filone giurisprudenziale che relativizza il giudicato nazionale laddove incompatibile con il diritto dell'Unione.

La seconda questione introdotta dalla sentenza *Köbler* concerne l'incidenza del principio ivi affermato sul rinvio pregiudiziale. In particolare, nell'indicare gli elementi che devono essere tenuti presenti dal giudice investito della domanda risarcitoria al fine di accertare la sussistenza di una *violazione sufficientemente caratterizzata* del diritto comunitario (*rectius*, violazione manifesta), appare anche «la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE»<sup>165</sup>.

Nella prospettiva tracciata dalla sentenza, dunque, la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, così come delineato dall'articolo 267 TFUE e rimodellato dalle sentenze *Cilfit* e *Foto-Frost*<sup>166</sup>, diviene elemento sintomatico della *violazione manifesta* del diritto dell'Unione da parte delle giurisdizioni nazionali<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup> BIAVATI P., *Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato*, cit., p. 64.

<sup>165</sup> Corte di giustizia, sentenza *Köbler*, cit., punto 55.

<sup>166</sup> Corte di giustizia, sentenza 6 ottobre 1982, causa C-283/81, *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA contro Ministero della sanità*, nonché sentenza 22 ottobre 1987, causa C-314/85, *Foto-Frost contro Hauptzollamt Lübeck-Ost*. Nella prima pronuncia la Corte del Lussemburgo, completando la dottrina *Da Costa* (sentenza 27 marzo 1963, cause riunite C-28/62 a C-30/62, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV contro Amministrazione olandese delle imposte*, dove si affermava la surrogabilità del rinvio pregiudiziale mediante l'applicazione di una precedente pronuncia sulla *medesima questione*) prospetta il venir meno dell'obbligo di rinvio pregiudiziale allorché una giurisprudenza costante della Corte (indipendentemente dalla natura dei procedimenti da cui sia stata prodotta) risolve il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità fra le materie del contendere. All'inverso, nella seconda sentenza la Corte afferma che il giudice nazionale non possa risolvere autonomamente le questioni pregiudiziali di validità laddove la questione risulti *prima facie* fondata, il medesimo non potendo disporre la disapplicazione della disposizione di diritto derivato dell'Unione in assenza di una pronuncia annullatoria della Corte successiva all'accertamento dell'invalidità. Ne consegue, dunque, un ampliamento del perimetro dell'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale, a prescindere dalla collocazione del giudice *a quo* nella piramide impugnatoria interna, in presenza di questioni di validità risolte dal giudice nel senso nell'invalidità dell'atto di diritto derivato. Per una più dettagliata analisi di questi profili si rinvia al capitolo 2, spec. paragrafo 2.2.

<sup>167</sup> La Corte di giustizia si ispira, almeno in parte, a quanto rilevato dall'Avvocato generale PHILIPPE LÉGER, nelle sue conclusioni alla causa *Köbler*

Al tempo stesso, la violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale sembra acquisire rilevanza solo in presenza degli ulteriori elementi costitutivi della responsabilità risarcitoria dello Stato riconducibile a provvedimenti giurisdizionali nazionali<sup>168</sup>. Invero, la circostanza che il giudice nazionale abbia ommesso di sollevare la questione pregiudiziale laddove obbligatoria potrebbe *autonomamente* fondare la responsabilità patrimoniale dello Stato solo laddove si ritenesse che l'articolo 267 TFUE attribuisca un vero e proprio diritto soggettivo in capo al singolo. Opzione, quest'ultima, che sebbene non estranea ad alcuni Stati membri, come l'ordinamento tedesco<sup>169</sup> e

---

presentate l'8 aprile 2003, laddove si afferma che «non si può *a priori* escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato a causa della violazione manifesta da parte di un organo giurisdizionale supremo dell'obbligo di rinvio pregiudiziale che ad esso incombe, ad esempio, nel caso in cui non esista giurisprudenza della Corte sul punto di diritto di cui trattasi alla data della pronuncia della sua decisione» (punto 144) e che «è logico e ragionevole ritenere che l'inadempimento manifesto a un obbligo di rinvio da parte di un organo giurisdizionale supremo può, di per sé, implicare la responsabilità dello Stato» (punto 148). Ciò in ragione della rilevanza del meccanismo pregiudiziale, il quale «contribuisce ampiamente alla garanzia dell'applicazione uniforme del diritto comunitario nonché a quella della tutela effettiva dei diritti che ai singoli derivano dall'ordinamento giuridico comunitario» (punto 146).

<sup>168</sup> FERRARO F., *Questioni ancora aperte sul tema della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, cit., p. 75.

<sup>169</sup> Al riguardo, occorre muovere dalla premessa che, sin dalla nota sentenza *Solange* del 1986 la Corte costituzionale tedesca ritiene che la Corte di giustizia sia un «giudice naturale precostituito per legge» ai sensi dell'art. 101, par. 1, del *Grundgesetz*, sicché il rifiuto di sollevare la questione pregiudiziale, laddove integri gli estremi di una violazione del diritto costituzionale dell'individuo a non essere arbitrariamente sottratto al giudice naturale, può essere censurato attraverso un ricorso costituzionale diretto (*Verfassungsbeschwerde*). Un anno più tardi, ovvero nel novembre del 1987, il *Bundesverfassungsgericht* delinea un catalogo di ipotesi che possono dar luogo ad una sottrazione arbitraria al giudice naturale, vale a dire: *a*) i casi in cui il giudice di ultima istanza non considera affatto la possibilità del rinvio pregiudiziale nonostante l'importanza del diritto comunitario ai fini della risoluzione della controversia; *b*) i casi in cui il giudice di ultima istanza coscientemente si distacca da un orientamento della Corte di giustizia senza sollevare la questione pregiudiziale; *c*) i casi in cui non esiste ancora una giurisprudenza della Corte di giustizia e il giudice di ultima istanza oltrepassi in maniera insostenibile il necessario ambito di apprezzamento che gli è riservato in questi casi (GIOVANNETTI T., *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, cit., p. 282 ss.; spec. p. 284). Le sentenze *Solange* hanno suscitato un vasto interesse nella dottrina castigliana, in ragione del fatto che l'ordinamento spagnolo conosce, come quello tedesco, il ricorso costituzionale

quello spagnolo<sup>170</sup>, non sembra essere accolta dalla Corte di giustizia<sup>171</sup>.

---

diretto (*recurso de amparo*). Si rinvia, in particolare, a BAÑO LEÓN J. M., *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea y la competencia del juez nacional*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1987, n. 54, p. 227 ss.; LÓPEZ CASTILLO A., *La cuestión del control de constitucionalidad de las normas comunitarias del Derecho derivado en la República Federal Alemana*, in *Revista española de derecho constitucional*, 1988, n. 23, p. 207 ss.; RODRÍGUEZ IGLESIAS G. C. – WÖLKER U., *Derecho Comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad*, in *Revista de Instituciones Europeas*, 1987, vol. 14, n. 3, p. 667 ss.

<sup>170</sup> La dottrina castigliana, sulla scorta dell'esperienza tedesca, fin dagli anni novanta ha proposto di utilizzare il *recurso de amparo* per sanzionare l'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale laddove suscettibile di pregiudicare il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e il diritto al giudice naturale predeterminato dalla legge, riconosciuti dalla Costituzione, rispettivamente, ai commi 1 e 2 dell'articolo 24. In particolare, la violazione del diritto alla effettività della tutela giurisdizionale si verifica, secondo la giurisprudenza costituzionale spagnola, quando il giudice decide la controversia al margine del sistema delle fonti e dei relativi controlli normativi. In relazione all'omissione dell'obbligo del rinvio pregiudiziale, la dottrina osservava che la predetta violazione potrebbe verificarsi quando il giudice nazionale: a) non applica una disposizione derivata del diritto dell'Unione perché considerata invalida; b) decide la causa applicando una norma di diritto derivato dell'Unione pur avendo dubbi ragionevoli sulla validità della norma medesima. La violazione del diritto al *juez legal* si verificherebbe, invece, quando il giudice nazionale risolve la controversia senza rinviare alla Corte di giustizia pur avendo dubbi ragionevoli sull'interpretazione del diritto dell'Unione rilevante in materia (cfr. ALONSO GARCÍA R. – BAÑO LEÓN J. M., *El recurso de amparo frente a la negativa a plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad europea*, in *Revista española de derecho constitucional*, 1990, p. 208. Sul *recurso de amparo*, MONTERO AROCA J. – FLORS MATÍES J., *Amparo constitucional y proceso civil*, Valencia, 2008; DELGADO SANCHO C. D., *El recurso de amparo*, Bilbao, 2006). La tesi ha trovato un riscontro nella giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* con la sentenza n. 58 del 19 aprile 2004 (*Recurso de Amparo* 4979/1999, B. O. E. n. 120 de 18 de mayo de 2004, Supl., p. 64, m. 9221), che ha accolto un ricorso diretto per violazione del diritto *a la tutela judicial efectiva* (art. 24, comma 1, della *Constitución*) derivante dal rifiuto del Tribunal Supremo de Cataluña di sollevare la questione pregiudiziale di interpretazione innanzi alla Corte di giustizia. Quest'ultimo aveva disapplicato una legge interna, vale a dire la Ley del Parlamento de Cataluña 2/1987 che introduceva una tassa di gioco, perché incompatibile con l'articolo 33 della Sesta direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, in materia di IVA, sebbene una precedente sentenza del medesimo *Tribunal Supremo* avesse dichiarato la compatibilità della predetta tassa con la direttiva, perché non equivalente all'IVA, conformemente alle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia con la sentenza 26 giugno 1997, causa C-370/95, *Careda*. Per la dottrina si rinvia a BAÑO LEÓN J. M., *El Tribunal constitucional, juez*

Per concludere sul punto, nella prospettiva che sembra ricavarsi dalla sentenza *Köbler*, la responsabilità extracontrattuale dello Stato membro per la decisione degli organi giurisdizionali di ultima istanza discende dalla trasgressione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale *che abbia causato la violazione di norme sostanziali dell'Unione* attributive di diritti in favore dei singoli, giacché è solo in tali ipotesi che la violazione, pur se astrattamente qualificabile in termini di *manifesta violazione*, può integrare le altre condizioni «necessarie e sufficienti» per far sorgere il diritto al risarcimento del danno<sup>172</sup>.

---

*comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, p. 466 ss.

<sup>171</sup> FERRARO F., *Questioni ancora aperte sul tema della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, cit., p. 75 s., il quale evidenzia, altresì, la difficoltà nel provare la sussistenza di un nesso di causalità diretto tra la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, da una parte, e il danno subito, dall'altra, atteso che il singolo dovrebbe dimostrare che se ci fosse stato il rinvio pregiudiziale la decisione del giudice di ultima istanza sarebbe stata diversa. In argomento giova, tuttavia, rilevare che l'Avvocato generale PHILIPPE LÉGER, nelle sue conclusioni alla causa *Köbler* presentate l'8 aprile 2003, sembra aderire alla tesi secondo cui l'articolo 267 configurerebbe un vero e proprio *diritto* del singolo ad ottenere il coinvolgimento del giudice dell'Unione. Si legge, invero, al punto 147, che «l'obbligo di rinvio pregiudiziale tende ad inserirsi nella logica del “diritto al giudice”», la cui omissione potrebbe configurare, ai sensi dell'articolo 47, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'articolo 6, par. 1, CEDU, una violazione dei diritti fondamentali ad un equo processo e ad un giudice precostituito per legge. In questa prospettiva si collocano alcune sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, le quali riscontrano una violazione del diritto ad un equo processo di cui all'articolo 6 della CEDU in conseguenza del diniego immotivato dei giudici nazionali ad effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (*Dhahbi c. Italia*, n. 17120/09, sentenza dell'8 aprile 2014; *Schipani c. Italia*, n. 38369/09, sentenza del 21 luglio 2015).

<sup>172</sup> Il tema della responsabilità risarcitoria dello Stato membro motivata dalla violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale è alla base della sentenza 9 settembre 2015, causa C-160/14, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito e a. contro Estado português*. In tale pronuncia si afferma, per un verso, che decisioni contraddittorie emesse da altri giudici nazionali non possono, di per sé, costituire un elemento determinante in grado di imporre l'obbligo di cui all'articolo 267, terzo comma, TFUE (punto 41); per altro e diverso senso, che la presenza di correnti giurisprudenziali contraddittorie a livello nazionale e di difficoltà interpretative in ordine ad una norma dell'Unione sono circostanze suscettibili di creare una instabilità giuridica idonea a far venir meno la dottrina dell'atto chiaro e ad imporre all'organo giurisdizionale di ultima istanza di sollevare la questione pregiudiziale (punti 43 e ss.). Attraverso la disamina della terza questione pregiudiziale, la Corte di giustizia afferma che il diritto dell'Unione e, in particolare, i principi sanciti dalla Corte in materia di responsabilità dello Stato per i danni causati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione commessa da un organo giurisdizionale di

Diversamente opinando, dovrebbe ammettersi che possa sussistere un nesso di causalità diretto tra la violazione dell'obbligo di rimessione e il danno subito dal singolo, il che sembra difficilmente sostenibile nella misura in cui si individui nell'articolo 267 TFUE una norma di carattere essenzialmente procedurale, inidonea ad attribuire un autonomo diritto soggettivo in favore dei singoli<sup>173</sup>.

---

ultima istanza, devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che richiede, come previa condizione, l'annullamento della decisione lesiva emessa da tale organo. Ora, considerato che nel procedimento principale la responsabilità dello Stato era motivata dalla violazione dell'obbligo previsto all'articolo 267, terzo comma, TFUE, parte della dottrina ha rinvenuto in tale pronuncia la consacrazione del principio secondo cui la violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale può di per sé costituire una violazione sufficientemente caratterizzata rilevante nella prospettiva della responsabilità risarcitoria dello Stato membro (in questi termini, COBREROS MENDAZONA E., *Un paso más en la consolidación de la responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea (y en el reforzamiento de a cuestión prejudicial): la sentencia Ferreira Da Silva*, in *Revista española de derecho europeo*, n. 58, 2016, p. 105; DÍAZ GONZÁLEZ G. M., (*¿Nuevas?*) *precisiones sobre el concepto de violación manifiesta como presupuesto de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracción jurisdiccional del Derecho de la Unión*, in *La Ley Unión Europea*, n. 43, 30 dicembre 2016, p. 2 e p. 10, nota 8). Senonché, la lettura della sentenza lascia piuttosto la sensazione che la Corte del Lussemburgo abbia solo voluto affermare il principio secondo cui la legislazione nazionale non può rendere eccessivamente difficile il conseguimento del risarcimento del danno per violazione della normativa eurounitaria; nulla sembra essere affermato rispetto al rapporto tra violazione dell'obbligo del rinvio pregiudiziale e i principi consacrati in *Köbler*. Ciò emerge chiaramente al punto 50 della sentenza, laddove si afferma che spetta in ogni caso al giudice nazionale stabilire se siano soddisfatte le condizioni che fanno sorgere la responsabilità risarcitoria dello Stato membro. La pronuncia sembra, allora, porsi in continuità con la sentenza *Traghetti del Mediterraneo* (cfr. sottoparagrafo successivo), nella quale i giudici del Lussemburgo stabilirono che una legislazione nazionale non può escludere ambiti specifici della funzione giurisdizionale agli effetti della responsabilità risarcitoria per violazione del diritto dell'Unione.

<sup>173</sup> Occorre, però, ricordare che con la sentenza 25 luglio 2002, causa C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores*, il profilo istituzionale del rinvio pregiudiziale risulta attenuato in favore di una connotazione più spiccatamente incentrata sulle esigenze di tutela dei singoli. Invero, si prevede che, in considerazione della carenza di legittimazione dei singoli a proporre un ricorso di annullamento *ex art.* 263 TFUE avverso gli atti di diritto derivato di portata generale, spetta al giudice nazionale interpretare le norme interne in maniera tale da consentire ai singoli di contestare in sede giurisdizionale la legittimità di qualunque provvedimento interno attuativo del predetto atto di portata generale, al fine di proporre innanzi alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale di validità. Cfr. paragrafo 2.2.2 del secondo capitolo.

1.7.1 *La connessione tra violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e responsabilità risarcitoria: una schematizzazione. L'omissione del rinvio pregiudiziale quale possibile ipotesi ampliativa della responsabilità risarcitoria anche per atti imputabili agli organi giurisdizionali non di ultima istanza.*

In definitiva, la responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione della normativa comunitaria sorge nei casi in cui sia accertata: (a) la violazione di una norma che abbia per oggetto il conferimento di diritti ai singoli; (b) che tale violazione possa essere qualificata come sufficientemente caratterizzata; (c) che sussista un nesso di causalità diretto tra la violazione invocata e il danno subito dall'interessato.

La condizione sub (b) è legata alla manifesta violazione del diritto vigente (B) da un rapporto di specialità, nel senso che comprende tale ultima condizione, la quale rileva solo laddove la responsabilità dello Stato derivi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado. Ossia, tutte le ipotesi qualificabili in termini di manifesta violazione del diritto dell'Unione (B) rientrano altresì nel criterio di violazione sufficientemente caratterizzata (b), mentre non è sempre vero il contrario.

Indicando con (B) la violazione manifesta del diritto dell'Unione e con (b) la violazione sufficientemente caratterizzata, si può esprimere la relazione con la seguente formula:  $(B) \subset (b)$ , dove  $\subset$  esprime il rapporto di specialità.

La violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale *ex* articolo 267, TFUE, come rimodellato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (P), non acquista di per sé rilevanza ai fini della configurabilità della responsabilità risarcitoria dello Stato membro, rappresentando soltanto uno degli elementi di valutazione per verificare l'esistenza della violazione manifesta (B).

Indicando con (P) la violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale, si può esprimere la relazione con la seguente formula:  $(P) \in (B)$ , dove  $\in$  rappresenta simbolicamente che (P) è elemento di (B).

In chiusura siano consentite delle ulteriori notazioni. Nella prospettiva fin qui tracciata, la responsabilità dello Stato membro è configurabile solo in relazione agli atti provenienti da organi giurisdizionali nazionali *di ultimo grado*, non da giudici di grado



inferiore, sia perché su di essi non grava (in linea di principio)<sup>174</sup> l'obbligo di investire la Corte di giustizia in via pregiudiziale, sia in quanto il danno può essere scongiurato impugnando la sentenza da cui deriva la violazione del diritto dell'Unione<sup>175</sup>.

In proposito occorre, però, rilevare che la violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale, al contrario degli altri elementi considerati dalla giurisprudenza comunitaria come sintomatici della manifesta violazione, è suscettibile di estendere la portata della responsabilità risarcitoria anche alle violazioni del diritto dell'Unione imputabili agli organi giurisdizionali di merito. Il pensiero va alle questioni pregiudiziali di validità, atteso che la dottrina *Foto-Frost* preclude al giudice nazionale, anche di istanza inferiore, di ritenere invalida e

---

<sup>174</sup> *Rectius*, almeno con riferimento alle questioni pregiudiziali di interpretazione. Per le questioni pregiudiziali di validità l'obbligo di rimessione pregiudiziale è esteso anche agli organi giurisdizionali di istanza inferiore laddove i medesimi, a seguito di un sommario esame della questione, sospettino l'invalidità dell'atto di diritto derivato. Si rinvia, sul punto, al paragrafo 2.2 del secondo capitolo nonché alle successive osservazioni. Inoltre, secondo una opzione dottrinale (BRIGUGLIO A., *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996, p. 269), anche l'autorità del giudicato della Corte di giustizia avrebbe l'effetto di ampliare il perimetro dell'obbligatorietà del rinvio, laddove il giudice (di qualunque istanza) ritenga che la questione, coperta da un precedente, debba essere riesaminata, dovendo in tal caso effettuare un nuovo rinvio. In altri termini, innanzi ad un precedente avente ad oggetto la medesima questione, il giudice nazionale si troverebbe di fronte alla alternativa secca fra immediata applicazione del precedente e nuova rimessione pregiudiziale (cfr. paragrafo 2.2.1 del secondo capitolo, anche per un più approfondito esame della natura e degli effetti delle sentenze della Corte di giustizia pronunciate in via pregiudiziale). Trattasi di una opzione che, a quanto consta, non è espressamente accolta dalla giurisprudenza comunitaria, seppur la medesima è indirizzata verso il progressivo rafforzamento dell'autorità delle pronunce pregiudiziali. Piuttosto, come già evidenziato, la violazione del precedente pregiudiziale (*rectius*, l'ignoranza manifesta della giurisprudenza della Corte in materia) costituisce per la Corte lussemburghese un elemento che sorregge la *presunzione* circa la sussistenza di una violazione manifesta del diritto dell'Unione. Ossia, nella prospettiva nella Corte di giustizia l'esistenza di un precedente sulla medesima questione non estende il perimetro di obbligatorietà del rinvio pregiudiziale, almeno nei termini prospettati dall'opzione dottrinale a cui si è fatto poc'anzi cenno, ma laddove sussiste una giurisprudenza consolidata sulla materia il giudice nazionale non può disattenderla, perché ciò equivarrebbe ad una violazione della normativa dell'Unione, come interpretata dalla Corte di giustizia (e, nella prospettiva dei meccanismi in grado di garantire la piena efficacia delle norme dell'Unione, l'ipotesi farebbe presumere la sussistenza di una violazione manifesta del diritto dell'Unione rilevante ai fini della configurabilità della responsabilità risarcitoria dello Stato membro).

<sup>175</sup> FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri*, cit., p. 52.

inapplicabile una disposizione comunitaria derivata senza previamente adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale. In altri termini, il superamento del binomio facoltà/obbligo di rinvio *ex* commi 2 e 3 dell'articolo 267 TFUE in relazione alle questioni di validità del diritto derivato, nel senso della generalizzazione dell'*obbligo* del rinvio ogniqualvolta il giudice nazionale sospetti l'invalidità della disposizione comunitaria, implica logicamente, in questi casi, la configurabilità della responsabilità comunitaria dello Stato anche per fatto imputabile al giudice di grado inferiore, ove sussistano le altre condizioni poc'anzi esposte.

#### 1.7.2 *La sentenza Traghetti del Mediterraneo e il problema della sovrapposizione tra l'illecito giudiziario in senso proprio e l'illecito comunitario dello Stato.*

La sentenza *Köbler* risponde alla questione generale della configurabilità di una responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto dell'Unione imputabile agli organi giurisdizionali nazionali di ultima istanza. La sentenza *Traghetti del Mediterraneo*<sup>176</sup> pone un ulteriore tassello, in quanto apre la strada ad una valutazione, da parte della Corte lussemburghese, della conformità dei regimi nazionali relativi alla responsabilità dei magistrati rispetto alle esigenze proprie del diritto dell'Unione<sup>177</sup>. Il

---

<sup>176</sup> Corte di giustizia, sentenza 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA contro Repubblica italiana*, in *Racc.*, 5177 e in *Foro it.*, 2006, IV, c. 417, con i commenti di SCODITTI E., *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*; PALMIERI A., *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*; GIOVANNETTI T., *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*.

<sup>177</sup> GIOVANNETTI T., *op. cit.*, p. 247. I fatti che hanno dato luogo alla sentenza *Traghetti del Mediterraneo* sono noti, sicché sarà sufficiente un breve cenno. La ricorrente *Traghetti del Mediterraneo*, società sottoposta a procedura concorsuale e nel corso della causa fallita, citava innanzi al Tribunale di Napoli una impresa concorrente al fine di ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa della politica dei prezzi bassi praticata da quest'ultima grazie a sovvenzioni pubbliche. La domanda risarcitoria veniva respinta in primo grado, dalla Corte di appello e, infine in Cassazione. La società soccombente, ritenendo che la Corte di cassazione avesse erroneamente omesso di sottoporre alla Corte di giustizia alcuni quesiti pregiudiziali, conveniva in giudizio innanzi al Tribunale di Genova la Repubblica italiana al fine di ottenere la condanna di quest'ultima al risarcimento del danno che la società aveva subito a causa degli errori di interpretazione commessi dalla Corte suprema di cassazione e a causa della violazione dell'obbligo di rinvio gravante su

giudice *ad quem* chiedeva, in particolare, di accertare se fosse compatibile con il diritto comunitario una normativa nazionale in tema di responsabilità dello Stato per danno derivanti da provvedimenti giurisdizionali – quale la legge 13 aprile 1988, n. 117 – che, da un lato, escludeva la responsabilità in relazione all'attività di interpretazione delle norme di diritto e di valutazione dei fatti e delle prove rese nell'ambito dell'attività giudiziaria e, dall'altro, che limitava la responsabilità dello Stato ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice<sup>178</sup>.

La Corte, con la predetta sentenza, afferma l'incompatibilità, con il diritto dell'Unione, di tale regime normativo sulla base di due rilievi. Si afferma, in primo luogo, che l'interpretazione delle norme di diritto, così come l'attività di valutazione dei fatti e delle prove, costituiscono l'«essenza vera e propria dell'attività giurisdizionale»<sup>179</sup>, sicché escludere l'esistenza di qualunque responsabilità dello Stato in questi casi «equivarrebbe a privare della sua stessa sostanza il principio sancito dalla corte nella citata sentenza *Köbler*»<sup>180</sup>. L'unico criterio rilevante nella prospettiva comunitaria è quello della «manifesta violazione del diritto vigente», la quale può essere senz'altro commessa anche nell'esercizio di una tale attività interpretativa o valutativa<sup>181</sup>.

Con riguardo alla limitazione della responsabilità dello Stato ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, la Corte evidenzia che non può essere rilevante la natura oggettiva o soggettiva della responsabilità

---

quest'ultimo organo giurisdizionale ai sensi dell'(allora) art. 234, terzo comma, CE. L'attrice fondava la propria domanda su una decisione della Commissione europea successiva alla sentenza della Corte di cassazione, avente ad oggetto proprio gli aiuti di Stato corrisposti all'impresa concorrente, decisione che lasciava pensare che se la Corte di cassazione avesse adito la Corte di giustizia il processo avrebbe avuto un esito diverso. Il tribunale di Genova rilevava, tuttavia, che la «clausola di salvaguardia» di cui all'articolo 2 della legge n. 117/1988 – secondo cui «nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove» – avrebbe condotto al rigetto della domanda. Pertanto, nutrendo dubbi in ordine alla soluzione da dare alla controversia dinanzi ad esso pendente, il Tribunale di Genova proponeva rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia. Per una dettagliata ricostruzione dei fatti si rinvia a RASIA C., *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del giudice supremo: il caso Traghetti del Mediterraneo contro Italia*, cit., p. 662 ss.

<sup>178</sup> RASIA C., *op. ult. cit.*, p. 663 s.

<sup>179</sup> Corte di giustizia, sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, cit., punti 34 e 38.

<sup>180</sup> Corte di giustizia, sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, cit., punti 36 e 40.

<sup>181</sup> Corte di giustizia, sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, cit., punti 35 e 39.

quanto, piuttosto, che in ogni caso di violazione manifesta del diritto comunitario, nel senso indicato dall'arresto *Köbler*, il risarcimento sia concesso, non potendo la legislazione nazionale imporre ai cittadini requisiti più rigorosi di quelli derivanti dal diritto comunitario<sup>182</sup>.

Giova rilevare che la sentenza *Traghetti del Mediterraneo* muove dalla premessa, non pacifica in dottrina, della coincidenza tra le ipotesi di responsabilità del giudice e quelle di responsabilità dello Stato quale soggetto di diritto internazionale<sup>183</sup>. Secondo altro punto di vista, la legge n. 117 del 1988 sarebbe tesa a disciplinare una fattispecie diversa da quella dell'illecito dello Stato nei confronti dell'ordinamento comunitario, vale a dire l'illecito giudiziario in senso proprio, ossia una ipotesi di responsabilità *di diritto interno*<sup>184</sup>. Vero è che la legge n. 117, con la forma dell'azione risarcitoria nei confronti dello Stato, delinea quella che in dottrina è stata definita la responsabilità dello «Stato-giudice»<sup>185</sup>, ma contempla pur sempre una azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato, la quale consente di ritenere che si tratti pur sempre di una fattispecie di responsabilità professionale del giudice. Di conseguenza, il limite dell'interpretazione delle norme e della valutazione dei fatti e delle

---

<sup>182</sup> Corte di giustizia, sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, cit., punto 44.

<sup>183</sup> La premessa è tracciata dal giudice *ad quem*, atteso che la giurisprudenza comunitaria è granitica nell'affermare che spetta ai giudici nazionali interpretare le norme del proprio ordinamento. In proposito giova rilevare che la giurisprudenza italiana maggioritaria si era indirizzata nel senso della sovrapposizione tra l'illecito giudiziario in senso proprio e l'illecito dello Stato nei confronti dell'ordinamento comunitario, stabilendo che solo al ricorrere delle condizioni fissate dalla legge n. 117 del 1988 il singolo può ottenere il risarcimento dei danni subiti per esercizio delle funzioni giudiziarie. Cfr. sentenza del Tribunale di Roma, 28 giugno 2001, *Mediobanca c. Repubblica italiana*, in *Giur. merito*, 2002, p. 360 ss., con nota di GIANFILIPPI F., *Violazione di norme comunitarie, giudicato interno contrastante e responsabilità civile dello Stato-giudice*. Sulla base di tale sovrapposizione, ad esempio, il Tribunale di Roma, con decisione del 29 settembre 2003, in *Dir. e giur.*, 2004, 41, p. 80 ss., aveva disapplicato la c.d. clausola di salvaguardia in ragione dell'incompatibilità della legge n. 117 con i principi espressi dalla Corte di giustizia. Sul punto RAITI C., *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del giudice supremo*, cit., p. 675 ss.

<sup>184</sup> SCODITTI E., *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, cit., c. 418; GIOVANNETTI T., *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, cit., p. 255. Per la giurisprudenza, Tribunale di Genova, 31 marzo 2009, in *Giur. merito*, 2010, p. 991.

<sup>185</sup> CORSARO L. – POLITI M., *La cosiddetta responsabilità del giudice*, in *Giur. it.*, 1989, p. 366.

prove posto dalla c.d. clausola di salvaguardia resterebbe in questo caso insuperabile, perché volto a preservare il fondamentale principio di indipendenza del potere giudiziario. Esigenza, quest'ultima, che non viene in rilievo nella fattispecie di responsabilità comunitaria, la quale mira ad accertare la responsabilità risarcitoria dello Stato nella sua unità e non dell'autorità giurisdizionale in sé<sup>186</sup>.

A ciò si aggiunga che la responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione della normativa comunitaria non è configurabile secondo i tradizionali canoni civilistici della colpa, atteso che il requisito soggettivo rileva solo quale criterio di valutazione per verificare l'esistenza del carattere grave e manifesto della violazione, mentre la responsabilità personale del giudice nazionale non può che essere condizionata all'accertamento dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, trattandosi di una ipotesi di responsabilità professionale<sup>187</sup>.

In conclusione, il sistema di responsabilità comunitario sarebbe diverso e parallelo rispetto a quello previsto a livello nazionale e relativo alle specifiche ipotesi di illecito giudiziario di rilevanza puramente interna<sup>188</sup>. Secondo tale opzione, dunque, la c.d. clausola di salvaguardia non potrebbe essere considerata un ostacolo all'attuazione del principio di responsabilità risarcitoria dello Stato membro come delineato in *Köbler*<sup>189</sup>.

---

<sup>186</sup> GIOVANNETTI T., *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, cit., p. 255.

<sup>187</sup> FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, cit., p. 57.

<sup>188</sup> Questa opzione pone l'ulteriore questione relativa al rapporto tra la causa avente ad oggetto la responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto comunitario e quella relativa alla responsabilità professionale del giudice. La questione è affrontata da SCODITTI E., *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, cit., c. 419, secondo cui le due controversie sarebbero identiche, sia pure nella diversità di fattispecie legali e che le due fattispecie sarebbero legate da un rapporto di specialità, «nel senso che la fattispecie di responsabilità comunitaria dello Stato comprende quella di diritto interno». Di conseguenza, la sentenza relativa alla responsabilità comunitaria dello Stato sarebbe idonea a produrre efficacia di cosa giudicata nel giudizio di responsabilità professionale.

<sup>189</sup> In ultimo, giova evidenziare che la sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, unitamente alla sentenza *Commissione c. Italia* (Corte di giustizia, sentenza 24 novembre 2011, causa C-379/19, *Commissione europea contro Repubblica italiana*) resa all'esito di una procedura di infrazione avviata in conseguenza del mancato recepimento dei principi affermati nella prima sentenza, hanno ispirato l'intervento riformatore di cui alla legge 27 febbraio 2015, n. 18. Tale ultima sentenza citata

Prima di chiudere il tema in esame occorre evidenziare che l'azione di responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto dell'Unione da parte degli organi giurisdizionali nazionali rappresenta uno strumento di «cooperazione in forma coattiva» non soltanto perché può sorgere nei casi di violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale, ma anche perché il giudizio risarcitorio può costituire una ulteriore occasione di rinvio. In altri termini, nella prospettiva della responsabilità comunitaria per fatto del giudice nazionale, il rinvio pregiudiziale rileva non solo a monte, quale elemento sintomatico della manifesta violazione del diritto dell'Unione laddove la sentenza sia pronunciata in violazione dell'obbligo di rimessione, ma anche a valle, atteso che il processo avente ad oggetto la pretesa

---

aveva stabilito che «[l]a Repubblica italiana, escludendo qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 2, commi 1 e 2, della legge 13 aprile 1988, n. 117, sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e sulla responsabilità civile dei magistrati, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado». Per una analisi della riforma del 2015 si rinvia, in dottrina, a AULETTA F. – BOCCAGNA S. – RASCIO N. (a cura di), *La responsabilità civile dei magistrati. Commentario alle leggi 13 aprile 1988, n. 117 e 27 febbraio 2015, n. 18*, Bologna, 2017; BIONDI F., *La riforma della responsabilità civile dei magistrati*, in *Quad. cost.*, 2015, p. 411; BONACCORSI F., *La legge sulla responsabilità civile dei magistrati al vaglio della Corte costituzionale*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 949; CAFERRA V. M., *Il processo al processo. La responsabilità dei magistrati*, Bari, 2015; CORTESE F. – PENASA S., *Brevi note introduttive alla riforma della disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, p. 1026; DAL CANTO F., *La riforma della responsabilità civile del magistrato: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Quad. cost.*, 2015, p. 408; LUISSO F. P., *La responsabilità dei magistrati: qualche osservazione dopo che il Senato ha approvato la riforma*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); MARZOCCO A. M., *Responsabilità civile dei magistrati: il filtro «non è costituzionalmente necessario»*. *Nihil novi*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 1961; NISTICÒ M., *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Inquadramento storico-sistemico e profili problematici*, in *Rivista AIC-Osservatorio costituzionale*, (maggio 2015), p. 17; PICARDI N. – VACCARELLA R. (a cura di), *La responsabilità civile dello Stato giudice. Commentario alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in tema di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati*, Padova, 1990; SCARSELLI G., *L'eliminazione del filtro di ammissibilità nel giudizio di responsabilità civile dei magistrati*, in *La nuova responsabilità civile dei magistrati*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 326.

risarcitoria del singolo può ospitare un rinvio pregiudiziale che consente alla Corte di giustizia di sindacare, sia pure indirettamente, l'azione dello Stato/giudice<sup>190</sup>. In questo scenario, è stato evidenziato in dottrina che la possibilità di adire pregiudizialmente la Corte di giustizia nel giudizio di responsabilità potrebbe rendere il meccanismo del rinvio pregiudiziale uno strumento indiretto di impugnazione della pronuncia interna adottata in violazione del diritto comunitario<sup>191</sup>.

### **1.8 La procedura di infrazione quale ipotesi sanzionatoria percorribile nei casi di violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale.**

È stato evidenziato poc'anzi che la violazione dell'obbligo di effettuazione del rinvio pregiudiziale in linea di principio non può *autonomamente* fondare la responsabilità risarcitoria dello Stato, salvo a voler ritenere che l'articolo 267 TFUE attribuisca un diritto soggettivo ad adire il giudice dell'Unione, quale giudice naturale precostituito dai Trattati.

La violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale, *di per sé considerato*, può invece integrare la fattispecie della responsabilità comunitaria dello Stato coinvolto sanzionabile a mezzo della procedura di infrazione. Invero, in tale ultimo caso si configura una responsabilità di tipo oggettivo, in virtù della quale la mera violazione di una norma dell'Unione di tipo primario o secondario può fondare la responsabilità di uno Stato membro, indipendentemente dalla positiva verifica circa la sussistenza degli ulteriori requisiti<sup>192</sup>.

La prospettiva della assoggettabilità dello Stato alla procedura di infrazione per violazioni del diritto dell'Unione imputabili agli organi giurisdizionali – in primo luogo, la violazione dell'obbligo di adire la

---

<sup>190</sup> RASIA C., *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del giudice supremo*, cit., p. 669.

<sup>191</sup> GIOVANNETTI T., *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*, cit., c. 426. In termini generali, sul rapporto tra le nuove norme sulla responsabilità civile dei giudici e la disciplina dei rimedi impugnatori contro le sentenze emesse nel procedimento nel cui corso furono compiuti gli errori considerati dall'art. 2 della l. 117/1988, come modificato dalla l. 18/2015, v. AULETTA F. – VERDE G., *La nuova responsabilità del giudice e l'attuale sistema delle impugnazioni*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 898 ss.

<sup>192</sup> FERRARO F., *Questioni aperte sul tema della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, cit., p. 76.

Corte di giustizia in via pregiudiziale – non è ignota alla dottrina<sup>193</sup>, ma presenta aspetti complessi che hanno per lungo tempo indotto la pressoché assoluta astensione della Commissione nell'adozione di iniziative sanzionatorie<sup>194</sup>.

Nel dettaglio, le remore dovute alla enfaticizzazione dell'autonomia e della terzietà del potere giudiziario venivano superate dalla dottrina sul rilievo che la responsabilità citata fosse imputabile allo Stato considerato come «entità unitaria»<sup>195</sup>. L'opzione, tuttavia, ha avuto una valenza astratta e teorica nella prassi della Commissione, la quale ha sempre preferito astenersi dal promuovere l'azione di responsabilità comunitaria ex artt. 258 ss. TFUE, ritenuta inidonea a garantire la corretta applicazione dell'articolo 267 TFUE<sup>196</sup>. Non sorprende, dunque, che la Commissione abbia, fino ad oggi, solo una volta intrapreso la procedura di infrazione nei confronti della Francia per censurare la mancata effettuazione del rinvio da parte delle giurisdizioni di ultima istanza, in violazione dell'obbligo posto dal terzo comma dell'articolo 267 TFUE.

Prima di focalizzare l'attenzione sulla vicenda francese a cui si è poc'anzi fatto cenno, giova evidenziare, in via preliminare, che la «politica di astensione» della Commissione rispetto ad iniziative sanzionatorie concerne tutte le ipotesi di responsabilità dello Stato

---

<sup>193</sup> BRIGUGLIO A., *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., p. 162 ss.; FERRARO F., *op. ult. loc. cit.*; RAITI G., *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, cit., p. 303. In prospettiva più ampia, sulla possibilità di promuovere un procedimento per violazione del Trattato contro uno Stato membro traendo motivo da sentenze dei giudici nazionali in contrasto con il diritto comunitario, AUDRETSCH H. A. H., *Supervision in European Community Law*, North-Holland, 1986, p. 100 ss.; GATTINARA G., *La responsabilità dello Stato nei confronti dell'Unione europea per le violazioni commesse dai giudici di ultima istanza: la procedura d'infrazione come possibile alternativa alla responsabilità extracontrattuale dello Stato*, in SPITALERI F. (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della Cedu sugli atti nazionali definitivi*, cit., p. 83 ss., spec. p. 90.

<sup>194</sup> RAITI G., *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, cit., p. 303.

<sup>195</sup> BRIGUGLIO A., *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., p. 163. Del resto, la stessa Corte di giustizia aveva affermato che l'inadempimento di uno Stato membro può essere in via di principio dichiarato a mezzo della procedura di infrazione indipendentemente dall'organo dello Stato la cui azione o inerzia ha dato luogo alla trasgressione, anche se si tratta di una istituzione costituzionalmente indipendente (sentenza 5 maggio 1970, causa C-77/69, *Commissione c. Belgio*, in *Racc.*, 1970, pag. 237, punto 15).

<sup>196</sup> RAITI G., *op. ult. cit.*, p. 303.



membro per violazioni del diritto dell'Unione imputabili agli organi giurisdizionali interni, a prescindere dai numerosi e diversi profili in cui nel concreto possono verificarsi dette violazioni. Invero, isolate sono le procedure di infrazione intraprese dalla Commissione al fine di accertare la responsabilità comunitaria di uno Stato membro per violazioni del diritto dell'Unione ascrivibili a organi giudiziari, tra cui spicca, anche per la sua valenza sistematica, la vicenda che si è conclusa con la sentenza *Commissione c. Italia*<sup>197</sup>. Con essa la Corte di giustizia ha riconosciuto l'inadempimento della Repubblica italiana per non aver modificato una disposizione di legge considerata di per sé neutra<sup>198</sup>, ma interpretata e applicata in sede amministrativa e da una parte significativa della giurisprudenza, ivi compresa la Corte di cassazione, in maniera tale da rendere eccessivamente arduo l'esercizio del diritto al rimborso di tributi riscossi in violazione del diritto dell'Unione<sup>199</sup>.

---

<sup>197</sup> Corte di giustizia, 9 dicembre 2003, causa C-129/00, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana*. In relazione alla procedura di infrazione fondata su decisioni nazionali che applicano in modo inesatto il diritto dell'Unione, occorre ricordare altresì la sentenza 12 novembre 2009, causa C-154/08, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Spagna*, mediante la quale la Corte di giustizia accerta la contrarietà con il diritto dell'Unione europea della giurisprudenza del *Tribunal Supremo español*.

<sup>198</sup> Sentenza *Commissione c. Italia*, cit., punto 31. Si tratta dell'art. 29, comma 2, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria per il 1990).

<sup>199</sup> I fatti che hanno dato luogo alla vicenda in esame posso essere così sinteticamente ricostruiti. Con l'articolo 19 del d.l. 30 settembre 1982, n. 688 il legislatore italiano introduceva il c.d. principio di traslazione dell'imposta, in virtù del quale veniva presunto il trasferimento dell'onere dei tributi sugli acquirenti dei beni, presunzione superabile mediante la prova documentale contraria. La disposizione veniva dichiarata illegittima dalla Corte di giustizia in due occasioni, la prima in seguito ad un rinvio pregiudiziale (sentenza 9 novembre 1983, causa C-199/82, *San Giorgio*, in *Racc.*, 1983, p. 3595 ss., e in *Foro it.*, 1984, IV, c. 22 ss., con nota di DANIELE L., *Indebito comunitario e ordinamento italiano*), la seconda a seguito di una procedura di inadempimento promossa dalla Commissione nei confronti della Repubblica italiana (sentenza 24 marzo 1988, causa C-104/86, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Racc.*, 1988, p. 1799 ss.). In particolare, nella sentenza *San Giorgio* i giudici del Kirchberg dichiaravano che sono incompatibili con il diritto comunitario presunzioni o criteri di prova che tendono a far gravare sul contribuente l'onere di provare che i tributi indebitamente riscossi non sono stati trasferiti su altri soggetti, perché tali da «rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il rimborso di tributi nazionali riscossi in contrasto con il diritto comunitario». In conseguenza delle predette

La pronuncia fuga ogni dubbio circa la possibilità che un orientamento giurisprudenziale sistematico e difforme dal diritto dell'Unione possa fungere da componente strutturale dell'inadempimento rilevabile nell'ambito della procedura di infrazione<sup>200</sup>. Se letta unitamente all'arresto *Köbler*, pronunciato pochi mesi prima, la sentenza delinea una concreta prospettiva sanzionatoria al fine di prevenire condotte comunitariamente illegittime imputabili agli organi giurisdizionali, nella specie interpretazioni del diritto interno incompatibili con il diritto dell'Unione<sup>201</sup>.

---

pronunce, veniva introdotta la successiva legge 29 dicembre 1990, n. 428, la quale modificava il c.d. principio di traslazione dell'imposta. Tuttavia, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza italiana continuava a porre a carico del contribuente l'onere di fornire la prova negativa di non aver trasferito il contributo illegittimo sugli altri operatori economici o sui propri clienti, regolando la materia in oggetto come se fosse stato ancora applicabile l'abrogato articolo 19 del d.l. 30 settembre 1982, n. 688. Sicché la Corte di giustizia, nella sentenza *Commissione contro Repubblica italiana* dichiara che lo Stato italiano, esonerando l'amministrazione finanziaria dalla prova e riversando sul contribuente l'onere di dimostrare insussistenza della traslazione dell'onere d'imposta, fosse venuta meno agli obblighi ad esso incombenti in forza del diritto comunitario. Per una dettagliata disamina della vicenda si rinvia a RASIA C., *Il controllo della Commissione europea sull'interpretazione del diritto comunitario da parte delle Corti supreme degli Stati membri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1025 ss.

<sup>200</sup> RASIA C., *op. ult. cit.*, p. 1035. Tuttavia, non va sottaciuta l'ambigua formulazione della sentenza del 9 dicembre 2003, la quale, in diversi punti, sembra imputare l'inadempimento non tanto agli organi giurisdizionali, quanto al legislatore italiano, atteso che quest'ultimo non avrebbe provveduto alla modifica dell'art. 29, secondo comma, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, che lascia margini per una interpretazione incompatibile con il diritto comunitario. Sul punto giova riprodurre il dispositivo della sentenza, laddove si afferma che «[n]on avendo modificato l'art. 29, secondo comma, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, intitolata «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria per il 1990)», che viene interpretato e applicato in sede amministrativa e da una parte significativa degli organi giurisdizionali - compresa la Corte suprema di cassazione - in modo tale da rendere l'esercizio del diritto al rimborso di tributi riscossi in violazione del diritto comunitario eccessivamente difficile per il contribuente, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del Trattato CE» (corsivo aggiunto).

<sup>201</sup> La sentenza pone, naturalmente, la questione se anche singole pronunce giurisprudenziali possano acquistare rilevanza nel senso indicato. Al riguardo la Corte di giustizia ha precisato che «pronunce giurisdizionali isolate o fortemente minoritarie in un contesto giurisprudenziale caratterizzato da un diverso orientamento, o ancora un'interpretazione smentita dal supremo giudice nazionale, non possono essere prese in considerazione. Lo stesso non si può dire di un'interpretazione giurisprudenziale significativa non smentita dal detto supremo giudice, o addirittura da esso confermata» (sentenza *Commissione c. Italia*, cit.,

In questo quadro si inserisce la pronuncia *Commissione c. Francia*<sup>202</sup>, resa all'esito di una procedura di infrazione avviata dalla Commissione sulla base di quattro motivi che hanno investito la Corte di giustizia di due diverse questioni: da un lato, la (in)compatibilità con il diritto dell'Unione<sup>203</sup>, delle modalità di rimborso dell'anticipo d'imposta assolto in ragione della percezione di dividendi versati da controllate non residenti e, dall'altro lato, per la prima volta nel contesto nel ricorso per inadempimento<sup>204</sup>, la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado<sup>205</sup>. La Corte di giustizia ha accolto tale ultimo motivo di ricorso,

---

punto 32). L'Avvocato Generale L. A. GEELHOED, nelle sue conclusioni presentate il 3 giugno 2003, spec. ai punti 62 ss., ha individuato alcuni criteri generali che consentirebbero di accertare se una giurisprudenza nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione possa far sorgere o meno la responsabilità comunitaria dello Stato membro interessato. Tali sono: a) il carattere sistematico della giurisprudenza nazionale incompatibile; b) l'effetto e lo stato delle sentenze considerate nell'ambito dell'ordinamento giuridico nazionale; c) gli effetti che tali sentenze realizzano sugli obiettivi delle norme comunitarie considerate (RASIA C., *Il controllo della Commissione europea sull'interpretazione del diritto comunitario da parte delle Corti supreme degli Stati membri*, cit., p. 1037). L'Avvocato generale opera al riguardo una distinzione tra organi giurisdizionali di merito e di legittimità, che ricava dalla *ratio* della disciplina del rinvio pregiudiziale. Si evidenzia, in particolare, che una decisione incompatibile con il diritto dell'Unione pronunciata da un organo giurisdizionale di merito «non mina necessariamente l'effetto utile delle disposizioni di diritto comunitario» atteso che tali decisioni «possono ancora essere corrette nell'ambito della gerarchia degli organi giudiziari nazionali». Al contrario, «siffatte conseguenze sono senz'altro probabili quando la giurisprudenza nazionale incompatibile è promossa dai supremi giudici nazionali, le cui indicazioni giurisprudenziali fissano comunque un orientamento per i giudici di grado inferiore nell'ambito dell'ordinamento giuridico nazionale» (punto 63 delle conclusioni).

<sup>202</sup> Corte di giustizia, sentenza 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione europea contro Repubblica francese*. In dottrina, TORRES RODRÍGUEZ O. E., *Comentario a la sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, Comisión/Francia. La interpretación del derecho de la Unión Europea por los órganos jurisdiccionales nacionales y el incumplimiento a la obligación de reenvío prejudicial*, in *Revista General de Derecho Europeo*, n. 47, 2018, p. 176 ss.

<sup>203</sup> Segnatamente alla luce della sentenza della Corte di giustizia 15 settembre 2011, causa C-310/09, *Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique contro Accor SA*.

<sup>204</sup> Come evidenziato dall'Avvocato generale MELCHIOR WATHELET, presentate il 25 luglio 2018, punti 3 e 87.

<sup>205</sup> Nel dettaglio, la Corte di giustizia, con la sentenza *Accor*, già citata, aveva dichiarato che gli artt. 49 e 63 TFUE ostano a una normativa di uno Stato membro diretta all'eliminazione della doppia imposizione economica dei dividendi, quale quella di cui trattasi nel procedimento principale, che consente a una società

dichiarando la responsabilità della Repubblica francese a motivo della violazione dell'obbligo di effettuazione del rinvio pregiudiziale ad opera del *Conseil État* (Consiglio di Stato).

La sentenza, dunque, consente di fugare ogni dubbio in ordine alla possibilità di sindacare e sanzionare la violazione dell'obbligo di

---

controllante di imputare sull'anticipo d'imposta, che essa è tenuta a versare al momento della redistribuzione, ai propri azionisti, dei dividendi versati dalle proprie controllate, il credito d'imposta collegato alla distribuzione dei suddetti dividendi se questi provengono da una controllata stabilita in tale Stato membro, ma nega tale possibilità nel caso in cui tali dividendi provengano da una controllata stabilita in un altro Stato membro, dal momento che tale normativa non dà diritto, in quest'ultimo caso, alla concessione di un credito d'imposta collegato alla distribuzione dei citati dividendi da parte di tale controllata. In conseguenza di tale pronuncia, il *Conseil État* ha stabilito i presupposti a cui è subordinato il rimborso degli anticipi d'imposta percepiti in violazione del diritto dell'Unione. In forza delle sentenze del *Conseil État*, l'imposizione subita dalle controllate di secondo livello non residenti, da cui provengono i dividendi alla base dei dividendi distribuiti dalla controllata non residente alla controllante residente, non sarebbe presa in considerazione ai fini del rimborso dell'anticipo d'imposta versato dalla controllante in caso di redistribuzione dei dividendi. All'opposto, in una catena di partecipazioni prettamente interna, la doppia imposizione economica sarebbe neutralizzata, poiché l'operazione di distribuzione di dividendi tra la controllata di secondo livello e la controllata di primo livello dà diritto a un credito d'imposta di importo uguale all'anticipo d'imposta dovuto a motivo di tale redistribuzione. Tali presupposti, ad avviso della Commissione, sono tali da mantenere un trattamento discriminatorio e sproporzionato nei confronti delle società controllanti francesi che percepiscono dividendi da controllate straniere per quanto riguarda il diritto al rimborso dell'imposta percepita. Tale motivo di ricorso è accolto dalla Corte di giustizia, la quale dichiara che le predette modalità di calcolo del rimborso dell'anticipo di imposta si pone in contrasto con gli articoli 49 e 63 TFUE. Quanto alla violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale, vale a dire al quarto motivo posto a fondamento del ricorso per inadempimento, la Corte di giustizia evidenzia che nel caso di specie non avrebbe potuto trovare applicazione la dottrina *Cilfit*. Invero, la questione della presa in considerazione dell'imposta assolta dalle controllate di secondo livello non era stata affrontata dalla Corte nella sentenza *Accor*, mentre era stata oggetto della sentenza del 13 novembre 2012, causa C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, ma il Consiglio di Stato ha scelto di discostarsi da tale sentenza con l'unica motivazione che il regime britannico era diverso da quello francese del credito d'imposta e dell'anticipo d'imposta, sicché non poteva avere la certezza che il suo ragionamento si sarebbe imposto con la stessa evidenza alla Corte. Inoltre, il Consiglio di Stato ha adottato una soluzione basata su un'interpretazione delle disposizioni degli articoli 49 e 63 TFUE in contrasto con quella accolta dalla Corte di giustizia, il che implica che l'esistenza di un dubbio ragionevole in merito a tale interpretazione non poteva essere escluso nel momento in cui il *Conseil d'État* ha statuito (sentenza *Commissione c. Francia*, cit., punti 111 e 112; conclusioni dell'Avvocato generale MELCHIOR WATHELET, cit., punto 99).

rinvio pregiudiziale *ex art. 267*, terzo comma, TFUE, imposto ai giudici di ultima istanza, e permette di collocare la procedura di infrazione tra gli strumenti di «cooperazione in forma coattiva».

### **1.9 L'incidenza del diritto dell'Unione sui provvedimenti giurisdizionali interni assistiti dall'autorità del giudicato.**

È ben noto che l'autorità del giudicato consiste nell'immutabilità e nella vincolatività dell'accertamento contenuto nella sentenza – o in altro provvedimento giurisdizionale idoneo a dar luogo al giudicato –, la cui caratteristica è tradizionalmente individuata nella prevalenza del medesimo rispetto allo *ius superveniens* retroattivo e alla declaratoria di incompatibilità costituzionale della disposizione ivi applicata<sup>206</sup>. Ed è altrettanto noto, inoltre, che la perdurante centralità del giudicato nel sistema di tutela giurisdizionale sia stata posta in discussione, da una parte, da diversi e più recenti interventi legislativi<sup>207</sup> e, dall'altra, dalla crisi provocata dal rapporto con gli ordinamenti sovranazionali, primo tra tutti l'ordinamento dell'Unione europea<sup>208</sup>.

In via preliminare va dato atto che nella giurisprudenza della Corte del Lussemburgo è ben chiara l'importanza del principio dell'intangibilità del giudicato, essendosi più volte affermato come esso di regola non receda neppure a fronte di gravi violazioni del diritto dell'Unione. Tuttavia, nella giurisprudenza degli ultimi 15 anni

---

<sup>206</sup> PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, p. 68. La giustificazione teorica della intangibilità del giudicato da parte dello *ius superveniens* retroattivo è individuata nello sganciamento della rilevanza giuridica della fattispecie giudicata dalla norma generale e astratta, tale per cui l'esistenza del giudicato «impedisce la riqualificazione della fattispecie della situazione sostanziale accertata e, così operando, non consente la nascita di un nuovo effetto sul terreno sostanziale, anche quando detta fattispecie integri astrattamente gli estremi della fattispecie legale prevista dallo *ius superveniens* retroattivo». «È questo sganciamento che impedisce che la fattispecie, relativamente all'effetto accertato possa oramai essere oggetto di sussunzione entro l'astratto schema legislativo e che costituisce il fondamento tecnico giuridico per cui la norma sopravvenuta retroattiva non può operare qualificazioni giuridiche efficaci nei confronti della situazione sostanziale accertata in giudizio» (CAPONI R., *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, spec. p. 258).

<sup>207</sup> TRISORIO LUIZZI G., *Centralità del giudicato al tramonto?*, in *La crisi del giudicato. Atti del XXX convegno nazionale dell'Associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile*, cit., p. 97 ss.

<sup>208</sup> COREA U., *Il giudicato come limite alle sentenze della Corte costituzionale e delle Corti europee*, in *Ibidem*, p. 231 ss., spec. 232.

emerge la difficoltà di trovare un punto di equilibrio tra l'esigenza di assicurare il primato e l'effettività del diritto dell'Unione e quella di preservare la certezza del diritto e l'affidamento dei singoli, difficoltà che in alcune occasioni si è tradotta in una sostanziale relativizzazione del giudicato<sup>209</sup>.

Nelle prossime righe verrà analizzata la giurisprudenza della Corte di giustizia che, nel corso degli ultimi anni, ha introdotto eccezioni alla intangibilità del giudicato. Trattasi di un percorso particolarmente ricco e non privo di contraddizioni, di cui non è possibile fornire in questa sede una analisi dettagliata, dovendosi privilegiare le sentenze che appaiono più utili nell'indagine relativa all'incidenza del diritto dell'Unione sul processo civile, soprattutto nella prospettiva delle «reazioni» dell'ordinamento dell'Unione ai casi di violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale.

Anticipando quanto verrà evidenziato in seguito più nel dettaglio, lo sguardo complessivo consente di scorgere due diverse direzioni: da una parte la compressione del giudicato civile nazionale dinanzi alle esigenze di *ordine pubblico* di diritto dell'Unione<sup>210</sup>, dall'altra, il rafforzamento dell'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale.

#### 1.9.1 *Il superamento del giudicato interno in conseguenza della violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale.*

Il tema dell'incidenza del diritto dell'Unione sulle sentenze definitive deve partire dalla sentenza *Köbler* poc'anzi analizzata, la quale, pur lasciando fermo il giudicato, che rappresenta il presupposto della responsabilità risarcitoria dello Stato membro, secondo alcuni autori provocherebbe nella sostanza uno svuotamento della portata precettiva della sentenza passata in giudicato<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> COREA U., *op. ult. cit.*, p. 245.

<sup>210</sup> CAPONI R., in *Ibidem*, p. 367.

<sup>211</sup> LUISO F. P., *La cedevolezza del giudicato*, cit., p. 85, secondo cui «è vero che formalmente la pensione del prof. Köler è rimasta quella stabilita in precedenza, ma è altrettanto vero che il risarcimento del danno a lui riconosciuto costituisce l'equivalente economico di una pensione più alta». In questi termini anche COREA U., *op. ult. cit.*, p. 246; BIAVATI P., *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rass. trib.*, 2007, p. 1594. In senso contrario, PICARDI N., *Eventuali conflitti fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, cit., p. 560, il quale evidenzia che «indennità di anzianità e risarcimento del danno sono ovviamente cose diverse, anche in relazione al *quantum*».

Con la sentenza *Kühne & Heitz*<sup>212</sup> la Corte di giustizia si occupa del regime dei provvedimenti amministrativi incompatibili col diritto

---

<sup>212</sup> Corte di giustizia, 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, in *Racc.*, 837, e in *Urb. e app.*, 2004, p. 1151, con nota di CARANTA R., *Effettiva applicazione del diritto comunitario e certezza del diritto*. La sentenza ha ad oggetto una decisione delle autorità olandesi che classificava erroneamente i prodotti esportati dall'impresa Kühne & Heitz e, di conseguenza, negava alla predetta i sussidi all'esportazione previsti per tali prodotti. Il provvedimento veniva impugnato dall'impresa ma il ricorso veniva rigettato in tutti i gradi di giudizio. Successivamente, interrogata sull'interpretazione dei regolamenti comunitari, la Corte di giustizia pronunciava una sentenza all'esito di un rinvio pregiudiziale, da cui emergeva l'erronea interpretazione del regolamento fornita dal giudice olandese. L'impresa chiedeva, pertanto, la modifica del provvedimento e, di fronte al diniego delle autorità competenti, ricorreva nuovamente innanzi al giudice, il quale proponeva rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia chiedendo se, in quelle circostanze, il diritto dell'Unione imponesse il riesame della decisione confermata con sentenza passata in giudicato. Per la dottrina si rinvia anche a DE PRETIS D., *"Illegittimità comunitaria" dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 725; MARI G., *La forza del giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 1007; RINALDI E., *Miracoli dei polli olandesi: la primauté del diritto comunitario va "oltre" il giudicato nazionale "anticomunitario"*. *E all'Amministrazione spetta il compito di rimediare...*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 651. Sull'argomento si veda anche alla sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 2006, causa C-234/04, *Kapferer c. Schlank & Schick GmbH*, in *Giur. it.*, 2007, p. 1089. Tale pronuncia si occupa di una questione in parte diversa rispetto a quella affrontata in *Kühne & Heitz*, vale a dire la possibilità per il singolo di ricorrere direttamente contro la sentenza passata in giudicato dinanzi ad una diversa autorità giurisdizionale. In altri termini, nella sentenza *Kühne & Heitz* si pone un problema di limiti all'esercizio del potere di autotutela delle pubbliche amministrazioni; nella sentenza *Kapferer* si affronta il diverso tema della ricorribilità, innanzi ad un organo giurisdizionale, al fine di rimettere in discussione l'accertamento contenuto in una sentenza passata in giudicato. In particolare, in tale sentenza il giudice *a quo* dubitava della compatibilità, con il diritto dell'Unione, della sentenza di primo grado che aveva affermato la sussistenza di un valido titolo di giurisdizione a favore dei giudici dello Stato di residenza del consumatore e, pur non essendo stato investito della questione, proponeva rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia onde verificare gli effetti, nel caso di specie, dell'arresto *Kühne & Heitz*. La Corte, nella sentenza *Kapferer*, cit., ricorda che l'obbligo di leale cooperazione non impone la disapplicazione delle norme interne sul giudicato o la revoca di decisioni amministrative definitive, ma piuttosto solo l'esercizio di un potere di revoca della decisione amministrativa laddove tale potere sia autonomamente previsto dal diritto nazionale (*principio di equivalenza*). Conclude, così, affermando il principio secondo cui il diritto dell'Unione «non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne allo scopo di

dell'Unione, ma la cui validità sia accertata con sentenza passata in giudicato. In particolare, si stabilisce che il principio di leale cooperazione pone a carico della pubblica amministrazione un *obbligo* di riesame, purché ricorrano le seguenti condizioni: *a*) che l'organo amministrativo disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare sulla decisione definitiva; *b*) che la sentenza sia divenuta definitiva in seguito alla decisione di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; *c*) che tale sentenza, alla luce della giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su una errata interpretazione del diritto dell'Unione adottata senza che la Corte fosse stata adita in via pregiudiziale; *d*) infine, che l'interessato si sia rivolto all'amministrazione immediatamente dopo essere stato informato del mutamento della predetta giurisprudenza<sup>213</sup>.

Come emerge dalla prima delle circostanze indicate, la Corte di giustizia rinvia alle norme interne per individuare i casi in cui il giudicato possa essere superato<sup>214</sup>. Ossia, la Corte applica il principio di equivalenza, in virtù del quale le modalità di attuazione del diritto dell'Unione sono rimesse alla normativa nazionale, purché non siano meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna.

La sentenza costituisce, dunque, un richiamo alle pubbliche amministrazioni ad applicare il diritto dell'Unione, in via di autotutela, anche quando la legittimità del provvedimento sia stata confermata dai giudici nazionali con sentenza passata in giudicato, purché l'organo amministrativo abbia, in virtù del proprio diritto nazionale, il potere di ritornare sulla decisione<sup>215</sup>. Tuttavia, laddove

---

riesaminare ed annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato qualora risulti che questa viola il diritto comunitario».

<sup>213</sup> Sentenza *Kühne & Heitz*, cit., punto 26; SPITALERI F., *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti definitivi della Pubblica Amministrazione*, in SPITALERI F. (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della Cedu sugli atti nazionali definitivi*, cit., p. 7, spec. p. 25.

<sup>214</sup> LUISO F. P., *La cedevolezza del giudicato*, cit., p. 87. Come ricorda la Corte di giustizia nella sentenza in esame «[i]l carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza e da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo» (sentenza *Kühne & Heitz*, cit., punto 24).

<sup>215</sup> BIAVATI P., *Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato*, cit., p. 64, nota 12; GENCARELLI B., *Alcune riflessioni conclusive sui rapporti tra diritto*



tale potere sia contemplato dal diritto nazionale, ciò che per il diritto interno è una mera *facoltà*, si tramuta in un *obbligo* nella prospettiva comunitaria, ed è questo probabilmente il profilo innovativo della sentenza<sup>216</sup>.

Ai fini della presente indagine merita attenzione la terza condizione delineata dalla Corte lussemburghese in presenza della quale la pubblica amministrazione può applicare il diritto dell'Unione in via di autotutela superando il giudicato nazionale, vale a dire quando il medesimo si sia formato sulla base di una interpretazione errata del diritto dell'Unione di cui il giudice nazionale è pervenuto sottraendosi all'obbligo di adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale. Ossia, la violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale, come rimodellato dagli arresti *Cilfit* e *Foto-Frost*, costituisce uno dei presupposti per integrare la fattispecie complessa che rende possibile – *rectius* obbligatorio – il superamento del giudicato interno<sup>217</sup>.

Questa condizione è chiarita anche dalla successiva pronuncia *Kempter*<sup>218</sup>, dove la Corte di giustizia ha affermato che il diritto del singolo ad ottenere il riesame della decisione amministrativa divenuta definitiva in virtù di una sentenza pronunciata da un giudice di ultima istanza, la quale, alla luce di una giurisprudenza successiva della Corte, risulta basata su un'interpretazione erronea del diritto comunitario, non richiede che il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno da esso proposto contro tale decisione<sup>219</sup>.

---

*comunitario e atti nazionali definitivi*, in SPITALERI F. (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della Cedu sugli atti nazionali definitivi*, cit., p. 113, spec. p. 116 s.

<sup>216</sup> GIOVANNETTI T., *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, cit., p. 270.

<sup>217</sup> GIOVANNETTI T., *op. cit.*, p. 271.

<sup>218</sup> Corte di giustizia, sentenza 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Willy Kempter KG contro Hauptzollamt Hamburg-Jonas*. In tale sentenza la Corte di giustizia è stata chiamata a verificare se la sentenza *Kühne & Heitz* imponga il riesame e la rettifica di una decisione amministrativa la cui legittimità sia accertata con una sentenza passata in giudicato solo laddove il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del processo conclusosi con la predetta sentenza, oppure se detto riesame possa prescindere dall'eccezione della parte (spec. punto 28 della sentenza).

<sup>219</sup> Si precisa, invero, che affinché la terza condizione sia soddisfatta è sufficiente «o che detta questione di diritto comunitario, la cui interpretazione si è rivelata erronea alla luce di una sentenza successiva della Corte, sia stata esaminata dal giudice nazionale che statuisce in ultima istanza, oppure che essa avesse potuto essere sollevata d'ufficio da quest'ultimo» (sentenza *Kempter*, cit., punti 44 e 46).

La prospettiva è coerente con la configurazione del rinvio pregiudiziale come meccanismo istituzionale sottratto ad ogni iniziativa di parte e rimesso unicamente alla valutazione di pertinenza e necessità compiuta dall'organo giurisdizionale nazionale<sup>220</sup>. Sicché il silenzio delle parti del processo non impedisce la configurabilità della terza condizione delineata dalla sentenza *Kühne & Heitz*<sup>221</sup>.

Concludendo sul punto, con le due sentenze appena esaminate inizia a ventilare l'idea che il giudicato possa divenire cedevole laddove formatosi in violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale. L'ipotesi sembra prefigurare un nuovo rimedio *lato sensu* sanzionatorio, *nella prospettiva del diritto dell'Unione*, ai casi di violazione dell'obbligo del rinvio *ex art. 267*, comma 3, TFUE, imposto agli organi giurisdizionali di ultima istanza (o anche agli organi di istanza inferiore laddove si tratti di questioni di validità

---

<sup>220</sup> L'art. 267 TFUE «istituisce una cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali attraverso un procedimento non contenzioso, estraneo ad ogni iniziativa delle parti e nel quale queste ultime sono solo invitate ad esporre il loro punto di vista entro i limiti stabiliti dal giudice nazionale» (Corte di giustizia, sentenza 10 luglio 1997, causa C-261/95, *Rosalba Palmisani*, punto 31; v. anche sentenza 1° marzo 1973, causa 62/72, *Bollmann*, punto 4).

<sup>221</sup> Invero, come rilevato al punto 45 della sentenza, «sebbene il diritto comunitario non imponga ai giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo vertente sulla violazione di disposizioni comunitarie se l'esame di tale motivo li obbligherebbe ad esorbitare dai limiti della controversia come è stata circoscritta dalle parti, tali giudici sono tenuti a sollevare d'ufficio i motivi di diritto relativi ad una norma comunitaria vincolante quando, in virtù del diritto nazionale, essi hanno l'obbligo o la facoltà di farlo con riferimento ad una norma interna di natura vincolante». Nella sentenza si chiarisce, altresì, che il diritto dell'Unione non impone alcun limite temporale per presentare una domanda diretta al riesame della decisione amministrativa divenuta definitiva e che, in applicazione del principio di autonomia processuale, gli Stati membri sono liberi di fissare «termini di ricorso ragionevoli», purché siano rispettosi dei parametri di effettività e di equivalenza (spec. punto 60). Ossia, non è necessario uno specifico mezzo per superare il giudicato che poggia su una errata interpretazione del diritto dell'Unione formatasi in conseguenza della violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale. Come sottolineato da LUISO F. P., *La cedevolezza del giudicato*, cit., p. 88, la sentenza *Kempter* «è importante perché da essa derivano due conseguenze: da un lato, che non è necessario uno strumento specifico per far valere la eventuale nullità della sentenza per aver deciso senza sollevare la questione pregiudiziale: è sufficiente riproporre la domanda, in questo caso l'istanza all'organo amministrativo; dall'altro lato, che non è neppure necessario prevedere un termine specifico di decadenza».

risolte dal giudice interno attraverso la disapplicazione dell'atto di diritto derivato dell'Unione perché sospettato di invalidità)<sup>222</sup>.

### 1.9.2 *La sorte del giudicato nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione in materia di aiuti di Stato e le ulteriori sentenze della Corte di giustizia sull'articolo 2909 del codice civile italiano.*

Indubbiamente più complessa è la vicenda che si è conclusa con la sentenza *Lucchini*<sup>223</sup>, la quale rappresenta la prima occasione in cui si

---

<sup>222</sup> Non manca chi in dottrina ha evidenziato che la violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale provochi finanche l'invalidità della sentenza *dal punto di vista del diritto interno* che, in mancanza di una specifica disciplina, può essere fatta valere senza limiti di tempo (LUISO F. P., *La cedevolezza del giudicato*, cit., p. 88). Ossia, nella specie l'inefficacia discenderebbe dal silenzio del legislatore e potrebbe essere fisiologicamente fatta valere attraverso un nuovo processo, in applicazione del principio della rilevanza piena ed illimitata nei casi di invalidità. Detto in altri termini, secondo un certo punto di vista sarebbe errato parlare di cedevolezza del giudicato, trattandosi piuttosto di inefficacia per invalidità della sentenza, invalidità derivante a sua volta dalla violazione del dovere processuale di non decidere senza adire in via pregiudiziale la Corte di giustizia (cfr. LUISO F. P., *op. ult. cit.*, p. 75 ss.). In proposito giova riprodurre le parole dell'A.: «le conseguenze della invalidità e dell'ingiustizia, in un ordinamento che non conosce i mezzi di impugnazione, sono radicalmente antitetiche: per la invalidità, la rilevanza è piena ed illimitata in qualunque sede, da parte di chiunque vi abbia interesse, quindi eventualmente anche di ufficio, e senza limiti di tempo, salva in quest'ultimo caso l'operatività delle norme sostanziali volte a stabilizzare la realtà sostanziale (usucapione, prescrizione, decadenza, estinzione per non uso). [...] Del tutto inversamente, in quell'ipotetico ordinamento l'ingiustizia della sentenza è sempre e comunque irrilevante: la efficacia della sentenza non può essere rimossa in ragione del fatto che il giudice si è sbagliato nella decisione di merito, in quanto ha parametrato il contenuto di tale decisione ad una realtà sostanziale diversa da quella effettivamente esistente» (spec. p. 76 e 77).

<sup>223</sup> Corte di giustizia, sentenza 18 luglio 2007 (C-119/05), *Lucchini*, in *Racc.*, 2007, 6199; in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 224, con nota di CONSOLO C., *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia*, cit.; in *Foro it.*, 2007, IV, c. 532, con nota di SCODITTI E., *Giudicato nazionale e diritto comunitario*. Secondo la dottrina (PICARDI N., *Eventuali conflitti tra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, cit., p. 560) la vicenda costituirebbe un classico caso di *bis in idem*, in quanto i due giudizi presentano gli stessi soggetti, la stessa *causa petendi* (legittimità/illegittimità dell'aiuto) e lo stesso *petitum* (erogazione/restituzione dell'aiuto). Sull'argomento anche BIAVATI P., *La sentenza «Lucchini»: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rass. trib.*, 2007, p. 1591; NUCERA V., *La tenuta del giudicato nazionale al banco di prova del contrasto con l'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, p. 161; ZUFFI B., *Il caso «Lucchini» infrange l'autorità del giudicato nazionale nel campo degli aiuti statali*, in *Giur. it.*, 2008, p. 382.

mette frontalmente in discussione il giudicato laddove ingiusto dal punto di vista del diritto dell'Unione.

L'anomala vicenda che ha generato la sentenza in commento è nota ai più<sup>224</sup>, ed è altrettanto nota la conclusione cui è giunta la Corte di giustizia, secondo cui «il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, *nei limiti in cui* l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva» (corsivo aggiunto)<sup>225</sup>.

Il *dictum* è senz'altro dirompente, eppure la portata deve essere circoscritta. Il ragionamento della Corte si basa soprattutto sulla competenza esclusiva della Commissione in materia di aiuti di Stato<sup>226</sup>, competenza concretamente esercitata con una decisione assistita delle prerogative dell'effetto diretto e del primato tipiche degli atti di diritto dell'Unione perché non impugnata dalla Lucchini, eppure ignorata dagli organi giurisdizionali nazionali.

La gravità della vicenda sembra aver assunto un ruolo decisivo nella dinamica processuale, come testimoniato, oltre che dal dispositivo, anche dalla «laconica motivazione»<sup>227</sup>, a fronte delle

---

<sup>224</sup> Il Tribunale di Roma, con sentenza confermata in appello e passata in giudicato, riconosceva il diritto della società Lucchini alla erogazione dell'aiuto di Stato senza tener conto della decisione della Commissione di accertamento della incompatibilità di detti aiuti con il mercato comune. Successivamente, lo Stato italiano ingiungeva alla società di restituire tali somme e la Lucchini impugnava il provvedimento innanzi al TAR Lazio, ritenendo che il giudicato formatosi sulla prima sentenza ostasse al recupero dell'aiuto. Proposto appello avverso la sentenza di accoglimento del ricorso della Lucchini, il Consiglio di Stato sottoponeva la questione innanzi alla Corte di giustizia mediante il rinvio pregiudiziale.

<sup>225</sup> Corte di giustizia, sentenza *Lucchini*, cit., punto 63.

<sup>226</sup> «[L]a valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti è di competenza esclusiva della Commissione, che agisce sotto il controllo del giudice comunitario. Questo principio è vincolante nell'ordinamento giuridico nazionale in quanto corollario della preminenza del diritto comunitario» (sentenza *Lucchini*, cit., punto 62).

<sup>227</sup> CORTESE B., *L'incidenza del diritto comunitario sulle sentenze nazionali definitive: esclusività del sistema giurisdizionale comunitario e nuovi limiti al principio di autonomia procedurale degli Stati membri – Il caso Lucchini*, in SPITALERI F. (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della Cedu sugli atti nazionali definitivi*, cit., p. 35, spec. p. 45.

ricchissime conclusioni dell'Avvocato generale<sup>228</sup>, quasi a voler sottolineare la natura eccezionale della pronuncia<sup>229</sup>.

Dunque, vero è che la sentenza *Lucchini* mette a nudo «la gracilità del giudicato di fronte alla *primauté* del diritto comunitario»<sup>230</sup>, ma è altrettanto vero che la medesima debba essere presa *cum grano salis*, se non altro perché motivata dalla circostanza per cui la decisione del giudice italiano aveva leso una prerogativa esclusiva della Commissione<sup>231</sup>.

---

<sup>228</sup> CONSOLO C., *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 225, spec. p. 228. Conclusioni dell'Avvocato Generale L. A. GEELHOED, presentate il 14 settembre 2006, in *Racc.*, 6199.

<sup>229</sup> CORTESE B., *L'incidenza del diritto comunitario sulle sentenze nazionali definitive*, cit., p. 45. L'eccezionalità della vicenda sembra essere sottolineata anche dall'Avvocato generale, il quale evidenzia che in nessuna delle precedenti sentenze della Corte di giustizia in materia di giudicato «era in discussione l'esercizio di una facoltà comunitaria in quanto tale» (punto 39) e che la sentenza «ha l'effetto di frustrare i poteri esercitati dalla Commissione per la Comunità» (punto 69).

<sup>230</sup> COREA U., *Il giudicato come limite alle sentenze della Corte costituzionale e delle Corti europee*, cit., p. 271.

<sup>231</sup> Ora, diverse sono le chiavi di lettura proposte in relazione alla pronuncia, dovendosi in questa sede illustrare quelle che riconducono la fattispecie in esame ad ipotesi di «relativizzazione» del giudicato già conosciute nell'ordinamento interno. Secondo un primo punto di vista (CAPONI R., *Corti europee e giudicati nazionali*, in *www.europeanrights.eu*, spec. p. 110; COREA U., *Il giudicato come limite alle sentenze della Corte costituzionale e delle Corti europee*, cit., pp. 249 e 258) la fattispecie avrebbe dato luogo ad una sorta di conflitto di attribuzione analogo a quello che può sorgere tra organi costituzionali. Ben più articolata è la prospettiva di LUISO F. P., *La cedevolezza del giudicato*, cit., p. 91 ss., secondo cui il Consiglio di Stato avrebbe erroneamente individuato nell'art. 2909 c.c. un ostacolo al recupero dell'aiuto, perché la sentenza pronunciata nel primo processo non sarebbe stata opponibile alla Commissione. Invero, nel primo processo, che ha condotto all'erogazione dell'aiuto senza tener conto della decisione della Commissione, lo Stato italiano era il titolare della situazione sostanziale, laddove nel secondo processo, nell'ambito del quale la *Lucchini* ha impugnato il provvedimento amministrativo volto al recupero degli aiuti percepiti, si presentava come *longa manus* della Commissione, vale a dire come legittimato straordinario. Giova qui richiamare le parole dell'A., il quale afferma che «se la decisione sul recupero appartiene alla competenza esclusiva della Commissione, è evidente che lo Stato incaricato di recuperare l'aiuto non fa valere un diritto proprio, sebbene un diritto altrui, cioè della Comunità. Tant'è vero che, se la Comunità fosse dotata di un apparato amministrativo in grado di provvedere alla riscossione di quanto indebitamente percepito dalla *Lucchini*, nessun problema di giudicato si sarebbe posto: all'eventuale eccezione di giudicato opposta dalla *Lucchini*, la Comunità avrebbe risposto: “*res inter alios acta*”. Ma se, dunque, l'interesse protetto era un interesse della Comunità, gestito da propri organi (Commissione), è chiaro che lo

Del resto, nelle successive pronunce dedicate all'art. 2909 c.c., vale a dire *Olimpiclub*<sup>232</sup> e *Pizzarotti*<sup>233</sup>, la Corte lussemburghese ha avuto modo di rimarcare la natura eccezionale della dottrina *Lucchini*.

In particolare, nella sentenza *Olimpiclub* la Corte di giustizia ha ritenuto ostativo al diritto comunitario l'articolo 2909 c.c. nella parte in cui, secondo il diritto vivente, il giudicato tributario esterno esplica efficacia vincolante ancorché formatosi in relazione a un precedente periodo di imposta quando l'accertamento abbia ad oggetto un punto comune alle altre cause, nella misura in cui impedisce al giudice nazionale del successivo processo di applicare le norme comunitarie già oggetto di violazione da parte della precedente decisione<sup>234</sup>. In tale

---

Stato italiano si presentava, nel secondo giudizio che lo ha opposto alla *Lucchini*, non come titolare del diritto in questione, ma come *longa manus* della Comunità: come suo rappresentante, o forse più correttamente come legittimato straordinario» (LUISO F. P., *op. ult. cit.*, pp. 90 e 91).

<sup>232</sup> Corte di giustizia, sentenza 3 settembre 2009 (C-2/08), *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate c. Fallimento Olimpiclub Srl*. Si legge nella sentenza «il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione [...]. La citata sentenza *Lucchini* non è atta a rimettere in discussione l'analisi sopra svolta. Infatti, tale sentenza riguardava una situazione del tutto particolare in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e la Comunità in materia di aiuti di Stato, posto che la Commissione delle Comunità europee dispone di una competenza esclusiva per esaminare la compatibilità di una misura nazionale di aiuti di Stato con il mercato comune (v., in tal senso, sentenza *Lucchini*, cit., punti 52 e 62). La presente causa non solleva siffatte questioni di ripartizione delle competenze» (sentenza *Olimpiclub*, cit., punti 23 e 25).

<sup>233</sup> Corte di giustizia, sentenza 10 luglio 2014 (C-213/13), *Impresa Pizzarotti & C. SpA c. Comune di Bari e a.*, in *Corr. trib.*, 2014, p. 3165, con nota di ROMANO C. – CONTI D., *Il ritorno dell'intangibilità del giudicato?*. Sulla natura eccezionale dell'arresto *Lucchini* e sull'importanza del principio del giudicato nel contesto giuridico dell'Unione, v. spec. punti 58 e 59.

<sup>234</sup> COREA U., *Il giudicato come limite alle sentenze della Corte costituzionale e delle Corti europee*, cit., p. 250; LO SCHIAVO, *La Corte di giustizia ridimensiona progressivamente il principio nazionale di cosa giudicata*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 287. Nel dettaglio, il tema affrontato dalla Corte riguarda l'applicabilità di un giudicato anteriore in giudizi successivi riguardanti il medesimo rapporto giuridico ma con riferimento ad un periodo di imposta successivo rispetto a quello considerato dal provvedimento definitivo. In tale arresto la Corte di giustizia limita l'ultrattività del giudicato esterno tributario prospettata dalla giurisprudenza di legittimità nei casi in cui lo stesso incida su elementi rilevanti al di là della singola annualità e comuni alle diverse cause, in ossequio al principio dell'unitarietà del rapporto impositivo. La Corte afferma che «il diritto comunitario osta

sentenza, dunque, si afferma l'incompatibilità, con il diritto dell'Unione, non già del principio dell'intangibilità giudicato *tout court*, bensì dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità in tema di ultrattività del giudicato tributario. Pare dunque che la questione sia stata erroneamente risolta dalla Corte di giustizia in termini applicativi – perché così prospettato dal giudice *a quo* – sebbene la vicenda avrebbe potuto trovare soluzione in via ermeneutica, invitando il giudice nazionale a circoscrivere il perimetro del giudicato al fine di consentire l'applicazione del diritto dell'Unione nel secondo processo.

Nella sentenza *Pizzarotti*, invece, si afferma l'obbligo per il giudice nazionale di «ritornare su una decisione munita di autorità di giudicato» al fine di «ripristinare la conformità della situazione oggetto del procedimento principale alla normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavoro», solo laddove tale possibilità sia contemplata dal diritto interno<sup>235</sup>. La pronuncia evoca l'impostazione di *Kühne & Heitz* perché, per un verso, si afferma che la *res judicata* possa essere rimessa in discussione (solo) laddove il giudice nazionale sia legittimato a farlo in base al diritto processuale interno (in applicazione del principio di equivalenza), per altro verso, perché tramuta l'eventuale *facoltà* secondo il diritto nazionale in un vero e proprio *obbligo*<sup>236</sup>.

Più di recente la Corte di giustizia è intervenuta nuovamente sul tema del rapporto tra giudicato nazionale e norme europee in materia di aiuti di Stato.

Nel caso *Lucchini*, come visto, il giudicato nazionale è considerato valore cedevole rispetto alla necessità di salvaguardare la competenza esclusiva della Commissione europea in tema di aiuti di Stato e di

---

all'applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile, in una causa vertente sull'IVA concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta» (sentenza *Olimpiclub*, cit., punto 32).

<sup>235</sup> Il riferimento è all'istituto del giudicato a formazione progressiva elaborato in seno alla giurisprudenza amministrativa, secondo il quale il giudizio di ottemperanza non si caratterizzerebbe esclusivamente in termini di fase esecutiva, rimanendo permeato di numerosi elementi cognitivi (ROMANO C. – CONTI D., *op. ult. cit.*, p. 3169).

<sup>236</sup> GIOVANNETTI T., *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, cit., p. 270.

garantire l'effetto utile delle sue decisioni *preesistenti* al giudicato. Nel recente caso *Klausner Holz*<sup>237</sup>, la Corte di giustizia ha esteso la portata della sentenza *Lucchini* ai casi di *sopravvenuta* decisione della Commissione europea attestante la sussistenza di un aiuto di Stato, affermando che il giudicato nazionale è cedente anche quando vi sia la necessità di garantire l'effetto utile di decisioni della Commissione non ancora esistenti al momento della pronuncia<sup>238</sup>. Questa soluzione è, però, praticabile solo qualora il giudice abbia accertato che le disposizioni che regolano i limiti oggettivi di efficacia del giudicato sostanziale non possano essere interpretate in modo da garantire il

---

<sup>237</sup> Corte di giustizia, sentenza 11 novembre 2015 (C-505/14), *Klausner Holz Niedersachsen GmbH c. Land Nordrhein-Westfalen*, in *Foro it.* 2016, IV, c. 43 con nota di D'ALESSANDRO E., *La Corte di giustizia si esprime di nuovo sul rapporto tra giudicato nazionale e aiuti di Stato*. Nella vicenda il presunto aiuto di Stato consisteva in un impegno del Land Nordrhein Westfalen, assunto con un contratto quadro di vendita siglato dall'amministrazione forestale del Land, a fornire alla Klausner Holz quantitativi fissi di legname, dal 2007 al 2014. In una prima sentenza dell'Oberlandesgericht Hamm, passata in giudicato, era stata dichiarata la permanenza in vigore dei contratti oggetto della controversia. Nel successivo giudizio di condanna al risarcimento del danno l'amministrazione convenuta eccepeva per la prima volta la nullità del contratto per contrasto con gli artt. 107, paragrafo 1, e 108, paragrafo 3, terza frase, TFUE. Il Landgericht Münster adito nel successivo giudizio, ritenendo che il contratto costituiva effettivamente un aiuto di Stato, trasmetteva gli atti alla Commissione, rilevando tuttavia di non poter dichiarare la nullità del contratto a causa dell'efficacia preclusiva della precedente sentenza dell'Oberlandesgericht Hamm, passata in giudicato. Attesa la diversità rispetto al caso *Lucchini*, in quanto mancava una decisione della Commissione, il giudice proponeva rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia chiedendo se il diritto dell'Unione ostasse «a che l'applicazione di una norma di diritto nazionale volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata impedisca al giudice nazionale, il quale abbia rilevato che i contratti oggetto della controversia sottopostagli costituiscono un aiuto di Stato, [...] di trarre tutte le conseguenze di questa violazione a causa di una decisione giurisdizionale nazionale, divenuta definitiva, con cui, senza esaminare se tali contratti istituiscano un aiuto di Stato, è stata dichiarata la loro permanenza in vigore» (punto 17).

<sup>238</sup> Infatti, rileva la Corte «qualora la commissione [...] dovesse ravvisare la sua incompatibilità con il mercato interno e ordinare il suo recupero, l'esecuzione della sua decisione sarebbe destinata a fallire se fosse possibile opporre una decisione giurisdizionale nazionale che dichiara "in vigore" i contratti che prevedono tali aiuti» (punto 44). Come evidenziato in dottrina, il giudice del Lussemburgo sembra ipotizzare la cedevolezza del giudicato nazionale a fronte di una prognosi «provvisoria e non vincolante» circa la sussistenza di un aiuto di stato operata dal giudice nazionale (D'ALESSANDRO E., *Aiuti di Stato e giudicato nazionale: nella vicenda Klausner Holz il Landgericht di Münster interpreta restrittivamente i limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1612, spec. p. 1630).



rispetto degli artt. 107 e 108 del TFUE, tale da considerare precluso il solo dedotto e non anche il deducibile, ossia le questioni di diritto su cui la decisione definitiva non si è pronunciata<sup>239</sup>. Si prospetta, in altri termini, una «interpretazione euro-orientata»<sup>240</sup> delle regole nazionali sui limiti oggettivi di efficacia del precedente giudicato, consistente in una restrizione del perimetro dell'accertamento, espungendovi il motivo di nullità del contratto per contrarietà alle norme europee in materia di aiuti di Stato<sup>241</sup>.

### 1.9.3 *La preclusione del giudicato nell'ordinamento spagnolo e l'impiego del canone di effettività: una lettura congiunta delle sentenze Asturcom e Finanmadrid.*

Residuali esigenze di completezza suggeriscono di concludere il quadro della giurisprudenza unionale sul giudicato nazionale attraverso un cenno alle sentenze *Asturcom*<sup>242</sup> e *Finanmadrid*<sup>243</sup>. Le medesime coinvolgono anche il tema della tutela dei consumatori e dell'accertamento giudiziale della natura abusiva delle clausole contrattuali, il quale, come è noto, è uno dei settori nell'ambito del quale il canone di effettività del diritto dell'Unione ha avuto maggiori implicazioni sulla dimensione processuale degli Stati membri<sup>244</sup>.

---

<sup>239</sup> Sentenza *Klausner Holz*, cit., punto 36; D'ALESSANDRO E., *La Corte di giustizia si esprime di nuovo sul rapporto tra giudicato nazionale e aiuti di Stato*, cit., c. 48.

<sup>240</sup> D'ALESSANDRO E., *Aiuti di Stato e giudicato nazionale: nella vicenda Klausner Holz il Landgericht di Münster interpreta restrittivamente i limiti oggettivi del giudicato*, cit., p. 1628.

<sup>241</sup> D'ALESSANDRO E., *Aiuti di Stato e giudicato nazionale*, cit., p. 1627. Già in precedenza la dottrina aveva rilevato che «la nozione comunitaria di cosa giudicata sostanziale assume più di una sfumatura diversa rispetto alle concezioni degli ordinamenti continentali» tale da presentare «un'estensione meno ampia rispetto alle tradizionali letture dei diritti interni» (BIAVATI P., *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze*, in *Dir. Un. eur.*, 2000, p. 717, spec. p. 732; in argomento anche QUERZOLA L., *Spunti sui limiti oggettivi del giudicato comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 332).

<sup>242</sup> Corte di giustizia, sentenza 6 ottobre 2009 (C-40/08), *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira*.

<sup>243</sup> Corte di giustizia, sentenza 18 febbraio 2016, causa C-49/14, *Finanmadrid EFC SA contro Jesús Vicente Albán Zambrano e altri*.

<sup>244</sup> Invero, tenuto conto della ricca ed incisiva giurisprudenza, parte della dottrina ritiene che nella materia consumeristica sarebbe stata sperimentata dalla Corte lussemburghese una diversa tecnica di integrazione degli ordinamenti nazionali, consistente nella deduzione, da principi generali e frammenti normativi, di una disciplina processuale completa, sicché l'autonomia processuale opererebbe solo

Rinviando al capitolo terzo (spec. par. 3.5.2) l'analisi del tema dell'incidenza della pronuncia *Asturcom* sulla *quaestio* dei margini di controllo della natura abusiva della clausola compromissoria nell'ambito dell'esecuzione forzata di un lodo non tempestivamente impugnato, si può in questa sede anticipare il principio di diritto enunciato nella menzionata sentenza, ai fini di un suo raffronto con la pronuncia *Finanmadrid*.

Con la sentenza *Asturcom* la Corte di giustizia afferma che il giudice investito della esecuzione di un lodo definitivo pronunciato all'esito di un procedimento in cui il consumatore è rimasto contumace, è tenuto a rilevare d'ufficio la natura abusiva della clausola compromissoria *solo se* tale valutazione è possibile, secondo il diritto nazionale, per ricorsi analoghi di natura interna. Ciò in quanto il termine di 60 giorni per proporre l'impugnazione avverso il lodo onde far valere l'abusività della clausola compromissoria è considerato conforme al canone di effettività. Il principio di equivalenza è alla base della sentenza, così come nei casi *Kühne & Heitz* e *Pizzarotti*, e anche in essa si assiste ad un mutamento della *facoltà* dell'organo giurisdizionale nazionale, nella specie di valutare d'ufficio l'abusività della clausola compromissoria, in un *obbligo*<sup>245</sup>.

Un esito diverso è raggiunto con la sentenza *Finanmadrid*, nella quale si afferma l'incompatibilità, con il diritto dell'Unione, della

---

nella misura consentita dalla presenza di tali principi. Sul punto, CANNIZZARO E., *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, cit., p. 662.

<sup>245</sup> CONTI R., *C'era una volta il... giudicato*, in *Corr. giur.*, 2010, 173, spec. 176; COREA U., *Il giudicato come limite alle sentenze della Corte costituzionale e delle Corti europee*, cit., pp. 250 e 251, nota 36. Per un esame della pronuncia si rinvia anche a LO SCHIAVO G., *La Corte di giustizia ridimensiona progressivamente il principio nazionale di cosa giudicata*, cit., 304 ss.; RASIA C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, cit., p. 175 ss. Si badi che in questo caso il consumatore omette di eccepire l'abusività della clausola compromissoria nel procedimento arbitrale perché resta contumace e omette, altresì, di far valere detta abusività attraverso l'impugnazione per nullità del lodo. L'inerzia del consumatore nel duplice senso appena visto sembra assumere un ruolo decisivo nella decisione della causa. La Corte afferma, invero, che «[i]n ogni caso, il rispetto del principio di effettività non può, in circostanze come quelle della causa principale, giungere al punto di esigere che un giudice nazionale debba non solo compensare un'omissione procedurale di un consumatore ignaro dei propri diritti, come nella causa che ha dato luogo alla citata sentenza *Mostaza Claro*, ma anche supplire integralmente alla completa passività del consumatore interessato che, come la convenuta nella causa principale, non ha partecipato al procedimento arbitrale e neppure proposto un'azione d'annullamento contro il lodo arbitrale divenuto per tale fatto definitivo» (sentenza *Asturcom*, cit., punto 47).

disciplina processuale spagnola nella parte in cui preclude al giudice investito dell'esecuzione di un'ingiunzione di pagamento non tempestivamente opposta di valutare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale, ove l'autorità investita della domanda d'ingiunzione di pagamento<sup>246</sup> non sia competente a procedere ad una simile valutazione<sup>247</sup>. La sentenza si fonda sulla potenziale incompatibilità, con il canone di effettività, della disciplina spagnola relativa alle forme e ai tempi per la proposizione dell'opposizione avverso il *requerimiento de pago*. Invero, ad avviso della Corte del Lussemburgo, a causa del termine particolarmente breve previsto dalla LEC per opporsi al *requerimiento de pago*, «sussiste un rischio non trascurabile che i consumatori interessati non propongano l'opposizione richiesta»<sup>248</sup> dalla legge per evitare la formazione del giudicato. Sicché solo nell'ambito del processo esecutivo può trovare spazio un controllo d'ufficio da parte dell'organo giurisdizionale in ordine alla potenziale natura abusiva delle clausole che attingono al contratto da cui deriva la pretesa creditoria del professionista<sup>249</sup>.

Così, la sentenza prospetta la cedevolezza del giudicato che assiste l'ingiunzione di pagamento perché il quadro normativo spagnolo è tale da rendere «particolarmente difficile» per il consumatore di proporre l'opposizione avverso il suddetto provvedimento al fine di eccepire la natura vessatoria delle clausole contrattuali<sup>250</sup>.

---

<sup>246</sup> Vale a dire il *Secretario judicial* – oggi *Letrado de la Administración de Justicia*, in conseguenza della modifica della denominazione operata dalla Ley Orgánica 7/2015, del 21 giugno – a cui la riforma introdotta con la Ley 13/2009, del 4 novembre aveva attribuito siffatta competenza.

<sup>247</sup> Sentenza *Finanmadrid*, cit., punto 55.

<sup>248</sup> Sentenza *Finanmadrid*, cit., punto 52.

<sup>249</sup> Come si sottolinea nella sentenza, se il giudice dell'esecuzione non potesse apprezzare l'esistenza di siffatte clausole abusive, il consumatore potrebbe trovarsi nella situazione di non poter beneficiare, in nessuna fase del procedimento, della garanzia che venga compiuta una simile valutazione, con la conseguenza che tale regime processuale è tale da compromettere l'effettività della tutela dei diritti derivanti dalla Direttiva 93/13/CEE (sentenza *Finanmadrid*, cit., punti 45 e 46).

<sup>250</sup> Per la dottrina si rinvia a ARMENGOT VILAPLANA A., *La doctrina del TJUE sobre las cláusulas abusivas y la reforma del proceso monitorio por la Ley 42/2015*, in GARCÍA-ROSTAN CALVIN G. – SIGÜENZA LOPEZ J., *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Cizur Menor, 2017, p. 139 ss.; SERRANO MASIP M., *Efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el proceso civil interno*, in *Revista de Estudios Europeos*, n. 68, 2016, p. 5 ss.; FERNÁNDEZ SEIJO J. M., *La tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales*, Barcellona, 2017. Il principio espresso in *Finanmadrid* è richiamato dalla Corte di giustizia in diverse pronunce successive, tra cui giova

La lettura congiunta delle sentenze *Asturcom* e *Finanmadrid* offre importanti elementi per comprendere gli effetti e il modo di operare del canone di effettività. Invero, entrambe hanno ad oggetto la disciplina processuale spagnola che, in virtù dell'effetto preclusivo naturalmente connesso al giudicato, non consente al giudice investito dell'esecuzione di un titolo giudiziale non tempestivamente impugnato di rilevare d'ufficio la natura abusiva delle clausole contrattuali. La Corte però giunge ad esiti diversi, prospettando la necessità di superare il giudicato che preclude l'accertamento della natura vessatoria delle clausole contrattuali solo nella sentenza *Finanmadrid*. Il differente esito è consentito dall'impiego del c.d. test di effettività (cfr. par. 1.4.4), in virtù del quale il superamento del diritto processuale interno è il risultato di una complessiva indagine, volta a verificare se l'*iter* processuale sia tale da rendere «eccessivamente difficile» l'attuazione del diritto eurounitario.

#### 1.9.4 *Una sistematizzazione delle pronunce relative all'incidenza del diritto dell'Unione sui provvedimenti nazionali assistiti dall'autorità del giudicato.*

Le pronunce alle quali si è fatto poco sopra cenno affrontano, in diverse prospettive, il tema dell'incidenza del diritto dell'Unione sui provvedimenti nazionali assistiti dall'autorità del giudicato, laddove l'accertamento ivi contenuto non sia compatibile con l'ordinamento sovranazionale. Si tratta, adesso, di tentare una sistematizzazione di tali sentenze in base ai principi di volta in volta invocati in sede di risoluzione delle questioni pregiudiziali interpretative.

Nelle sentenze *Kühne & Heitz*, *Asturcom* e *Pizzarotti* la Corte applica il principio di equivalenza: si prospetta l'*obbligo* di esaminare

---

richiamare le sentenze 13 settembre 2018, causa C-176/17, *Profi Credit Polska S.A. w Bielsku Bialej contro Mariusz Wawrzosek*, 20 settembre 2018, causa C-448/17, *EOS KSI Slovensko s.r.o. contro Ján Danko e Margita Danková*, nonché l'ordinanza 28 novembre 2018, causa C-632/17, *Powszechna Kasa Oszczędności (PKO) Bank Polski S.A. w Warszawie contro Jacek Michalski*. In tali pronunce si ribadisce che la disciplina processuale nazionale in tema di procedimento di ingiunzione è contraria al canone di effettività qualora non preveda un controllo d'ufficio, da parte del giudice nazionale, della natura vessatoria delle clausole contenute nel contratto a base della pretesa creditoria del professionista nella fase di emissione dell'ingiunzione o, qualora un siffatto controllo sia previsto solo nella fase dell'opposizione contro l'ingiunzione, se sussiste un rischio non trascurabile che il consumatore interessato non proponga l'opposizione richiesta in ragione dei termini e delle modalità previsti a tal fine dalla normativa nazionale.

le questioni di diritto dell'Unione coperte dall'autorità del giudicato soltanto ove detta *possibilità* sia autonomamente prevista dal diritto nazionale per ricorsi analoghi di natura interna<sup>251</sup>. Diversamente, nelle sentenze *Olimpiclub* e *Klausner Holz* si prefigura, nella sostanza, una interpretazione delle norme nazionali sulla cosa giudicata sostanziale in senso conforme alle esigenze di effettività del diritto dell'Unione, consistente in una restrizione del perimetro dell'accertamento. Ossia, ciò che la Corte di giustizia impone è che il giudicato sia circoscritto all'ambito della lite, espungendovi le questioni di diritto dell'Unione su cui la decisione non si è pronunciata ma che potrebbero essere coperte dal giudicato in virtù della preclusione da deducibile.

Le sentenze *Lucchini* e *Finanmadrid* sono quelle che presentano maggiori profili di complessità. In relazione alla sentenza *Lucchini*, come sopra evidenziato, non vi sono uniformità di vedute: vi è chi vede nella sentenza un caso di «cedevolezza» del giudicato in ragione di un «conflitto di attribuzione» con la Commissione, e chi ritiene che si tratti di un caso di mera inopponibilità della sentenza, ma tutte le posizioni dottrinali convergono nel sottolineare la natura eccezionale della sentenza. La pronuncia *Finanmadrid*, invece, sembra essere motivata dalla incompatibilità della disciplina processuale spagnola relativa alle forme e ai tempi per proporre l'opposizione avverso il *requerimiento de pago* con il principio di effettività, piuttosto che dalla autonoma incompatibilità delle norme sul giudicato che precludono l'accertamento della natura abusiva delle clausole contrattuali in sede esecutiva.

Sulla scorta dell'indagine poc'anzi svolta, non sembra azzardato ritenere che nessuna delle sentenze della Corte di giustizia denoti *in termini assoluti* la crisi del giudicato interno ove incompatibile con il diritto dell'Unione. Come evidenziato in dottrina, l'autorità del giudicato risulterebbe piuttosto riproporzionata e ridimensionata alla realtà che gli sta accanto<sup>252</sup>, perché esposta ad un'opera di bilanciamento con interessi comunitari, «i cui contorni, però, non appaiono del tutto definiti, né prevedibili»<sup>253</sup>.

---

<sup>251</sup> E ferma la potenzialità innovativa delle sentenze nella parte in cui si prospetta la conversione della *facoltà*, secondo il diritto nazionale, in *obbligo*.

<sup>252</sup> CAPONI R., *Corti europee e giudicati nazionali*, cit., p. 143; COREA U., *Il giudicato come limite alle sentenze della Corte costituzionale e delle Corti europee*, cit., p. 258.

<sup>253</sup> COREA U., *op. ult. loc. cit.* Secondo BIAVATI P., in *La crisi del giudicato*, cit., p. 343, ciò che vacilla e cede non è il giudicato in quanto tale, «ma l'efficacia delle

Piuttosto, altro sembra essere il profilo di rilievo, il quale può essere agevolmente colto partendo dall'osservare che la gran parte delle sentenze che prefigurano la «cedevolezza» del giudicato hanno come presupposto la violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale (in particolare, *Köbler, Kühne & Heitz, Kempter e Pizzarotti*). La «relativizzazione» del giudicato potrebbe, dunque, rappresentare un ulteriore strumento sanzionatorio, nella prospettiva comunitaria, ai casi di violazione dell'obbligo di adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale, insieme alla procedura di infrazione e, concorrendo le condizioni delineate in *Brasserie du Pêcheur e Köbler*, la responsabilità risarcitoria dello Stato membro<sup>254</sup>.

Tutte le sentenze sopra analizzate convergono in un'unica direzione, ovvero rafforzare l'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale attraverso l'introduzione di rimedi di natura «sanzionatoria» in conseguenza dell'inosservanza dell'obbligo di rimessione: la responsabilità risarcitoria dello Stato per la violazione del diritto dell'Unione allorché ricorrano gli altri presupposti previsti dalla giurisprudenza comunitaria, la procedura di infrazione, nonché la formazione di un giudicato «invalido»<sup>255</sup> dal punto di vista del diritto dell'Unione e suscettibile di disapplicazione.

### 1.10 Conclusioni (di breve periodo).

Le righe precedenti hanno ospitato l'analisi dei principi strutturali dell'integrazione processuale, vale a dire il principio di autonomia processuale degli Stati membri, i principi di equivalenza e di effettività, nonché le peculiari tecniche di ricognizione (dapprima) e risoluzione (poi) delle antinomie tra il diritto dell'Unione e la normativa processuale nazionale.

Si è dimostrato, in particolare, che tra il principio di effettività e il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva corre soltanto qualche

---

pronunce nazionali, se e quando contrastano con alcuni profili cardine del diritto dell'Unione».

<sup>254</sup> In relazione a quest'ultimo profilo, infatti, si è sottolineato che le sentenze *Köbler e Traghetti del Mediterraneo* individuano dell'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale un elemento rilevante nella valutazione del carattere inescusabile dell'errore di diritto, il quale determina se la violazione è manifesta e pertanto idonea a far sorgere la responsabilità risarcitoria dello Stato (RASIA C., *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del giudice supremo: il caso Traghetti del Mediterraneo contro Italia*, cit., p. 671).

<sup>255</sup> LUISE F. P., *La cedevolezza del giudicato*, cit., p. 88.

affinità sotto la quale emergono, da un esame sistematico della giurisprudenza della Corte di giustizia, difformità non meno evidenti. In questa prospettiva, il principio di effettività è stato ridefinito in chiave oggettiva, in termini di vincolatività ed efficacia del diritto dell'Unione compressivamente inteso.

Il medesimo mantiene la sua autonomia concettuale e teorica rispetto ai principi strutturali dell'ordinamento dell'Unione (*in primis*, il principio del primato), nonché in relazione al ruolo del giudice nazionale nella ricomposizione degli ordinamenti giuridici interno e comunitario<sup>256</sup>.

Ma non è solo il principio di effettività ad imporre un ripensamento delle funzioni istituzionali dei giudici nazionali e dell'architettura giurisdizionale dell'Unione, venendo in rilievo anche i meccanismi di «cooperazione in forma coattiva» dei quali si è cercato di dar conto sin qui. Invero, posto che il compito di salvaguardia dell'ordinamento giuridico dell'Unione è svolto dai giudici degli Stati membri attraverso il procedimento pregiudiziale, il rafforzamento dell'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale attraverso l'introduzione di «sanzioni indirette», influisce nella medesima misura sulla obbligatorietà/vincolatività del compito di garantire il rispetto e la tenuta dell'ordinamento dell'Unione.

Possono allora trovare albergo le prime osservazioni in ordine all'incidenza di tali classici profili dell'integrazione processuale sui «moduli tecnici» sperimentabili in relazione all'arbitrato.

In particolare, fermi i rilievi che verranno di seguito svolti in relazione alle funzioni istituzionali degli organi giurisdizionali interni nella prospettiva eurounitaria (cfr. capitolo secondo), si può qui rilevare che il percorso giurisprudenziale che «relativizza» l'efficacia delle pronunce nazionali incompatibili con il diritto dell'Unione è suscettibile di aprire la strada ad un più generale ripensamento del valore del giudicato sul fronte europeo.

Ora, se si parte dal presupposto che la non impugnabilità del lodo arbitrale per violazione di regole di diritto – salvi i casi di violazione

---

<sup>256</sup> In altre parole, il principio di effettività del diritto dell'Unione, nella sua configurazione oggettiva, acquista rilevanza non esclusivamente nella affermazione della prevalenza delle fonti dell'Unione rispetto a quelle interne, ma anche nella ricostruzione delle funzioni del giudice nazionale, chiamato – nella odierna complessità ordinamentale – alla ricerca di una sintesi tra le regole di fonte interna e quelle di fonte comunitaria (in proposito, v. LIPARI N., *Il principio di effettività del diritto comunitario*, cit., p. 897). Per una ricostruzione del ruolo degli organi giurisdizionali interni nella odierna cornice istituzionale dell'Unione, cfr. capitolo 2.

dell'ordine pubblico – è motivata da una generale aspirazione alla stabilità dell'accertamento, aspirazione che trova nel giudicato la manifestazione saliente, il percorso giurisprudenziale poc'anzi tracciato potrebbe costituire la base per un ripensamento del principio della insindacabilità della valutazione in punto di diritto compiuta dagli arbitri. In altri termini, se le esigenze di effettività del diritto dell'Unione possono – sia pure in alcuni ambiti e in presenza di determinati presupposti – relativizzare il giudicato nazionale, *a fortiori* le medesime esigenze di effettività possono provocare il superamento del principio della insindacabilità del lodo per violazione di regole di diritto sostanziale, anch'esso scaturente da esigenze di certezza e stabilità.

Senonché, l'autorità della cosa giudicata trova un presidio costituzionale<sup>257</sup>, al contrario del principio dell'insindacabilità del lodo per violazione di regole di diritto, il che giustifica un diverso trattamento delle due ipotesi innanzi alle medesime esigenze di effettività. Ossia, *generale* sindacabilità del lodo per violazione del diritto dell'Unione e *limitata* cedevolezza del giudicato, ovvero solo laddove incompatibile con le norme eurounitarie di ordine pubblico o sul riparto di attribuzioni.

---

<sup>257</sup> CERINO CANOVA A., *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 395 ss.; SERGES C., *Il "valore" del giudicato nell'ordinamento costituzionale*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2819 ss., secondo cui l'effettività della tutela giurisdizionale dovrebbe ritenersi inclusiva anche della garanzia della definitività della tutela raggiunta, assicurata dalla immutabilità del giudicato. La tesi poggia su quell'orientamento dottrinale che vede nel giudicato sostanziale il *proprium* della tutela giurisdizionale, elemento necessario e imprescindibile della stessa (ALLORIO E., *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Problemi del diritto*, Milano, 1957, II, p. 34). Tesi, quest'ultima, considerata superata sul piano del diritto positivo (COREA U., *Il giudicato come limite alle sentenze della Corte costituzionale e delle Corti europee*, cit., p. 252, nota 37).



## Capitolo 2

### L'ARCHITETTURA GIURISDIZIONALE DELL'UNIONE E LE RINNOVATE FUNZIONI DEGLI ORGANI GIURISDIZIONALI NAZIONALI

SOMMARIO: 2.1 Premessa. – 2.2 La Corte di giustizia nella cornice giurisdizionale dell'Unione e il procedimento pregiudiziale. – 2.2.1 Il discusso tema della natura e dell'efficacia delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia. – 2.2.2 *Segue*: ricostruzione degli effetti delle sentenze pregiudiziali di interpretazione. – 2.3 Il giudice nazionale nella architettura giurisdizionale dell'Unione: considerazioni introduttive. – 2.4 La *posizione* del giudice nazionale nel quadro giurisdizionale dell'Unione e l'ampliamento delle garanzie di indipendenza del medesimo per effetto della giurisprudenza della Corte di giustizia. – 2.5 Il controllo diffuso sull'ordinamento del diritto dell'Unione: le *funzioni* degli organi giurisdizionali interni alla luce della dottrina della Corte di giustizia. – 2.5.1 Il parere 1/09 della Corte di giustizia e il «principio di condivisione della responsabilità». – 2.5.2 Il problema della (in)compatibilità dei meccanismi di risoluzione delle controversie posti al di fuori del quadro giurisdizionale dell'Unione. – 2.6 Le funzioni istituzionali degli organi giurisdizionali interni nella prospettiva del diritto dell'Unione: ipotesi di lettura. – 2.6.1 Il ruolo del giudice nazionale tra *jus litigatoris* e (nuovo) *jus constitutionis*. – 2.6.2 *Segue*: l'influenza della dottrina della Corte di giustizia sul metodo della giurisprudenza degli Stati membri. – 2.6.3 Il processo di integrazione europeo e il rischio di un ridimensionamento della funzione di nomofilachia delle Corti di vertice. – 2.7 Conclusioni.

## 2.1 Premessa.

È opinione diffusa in dottrina quella secondo cui la Corte di giustizia abbia, negli ultimi anni, contribuito a ridisegnare l'architettura giurisdizionale dell'Unione e a ridefinire la posizione, nella medesima, degli organi giurisdizionali interni<sup>258</sup>. Ciò si è verificato attraverso un quadro giurisprudenziale articolato e complesso, che trova nelle recenti sentenze sulla indipendenza della magistratura in Polonia alcuni dei più interessanti e significativi approdi.

Il primo profilo da cui partire è di stretto diritto positivo.

È noto che l'articolo 19 TUE esibisce il paradigma della istituzione giurisdizionale dell'Unione. Vi è un riferimento introduttivo e generico alle funzioni della Corte di giustizia dell'Unione europea e degli Stati membri al paragrafo 1, e due riferimenti più dettagliati alla composizione e alle funzioni istituzionali della Corte di giustizia dell'Unione europea, recepiti rispettivamente nei paragrafi 2 e 3 della disposizione.

Il paragrafo 1, comma 1, dell'articolo 19 TUE definisce la funzione e la struttura della Corte di giustizia dell'Unione europea. Due gli elementi innovativi della disposizione, il primo dei quali è legato al profilo strutturale: la Corte di giustizia dell'Unione europea è una istituzione unitaria che si articola al suo interno nelle tre istanze giurisdizionali indicate dalla norma<sup>259</sup>. Il secondo è *indirettamente*

---

<sup>258</sup> In argomento, BONELLI M., *Il lato positivo: Commissione c. Polonia e l'inizio di una nuova fase per la tutela dello stato di diritto nell'Unione europea*, in [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org), 5 luglio 2019; IANNUCELLI P., *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: quousque tandem?*, in *Dir. Un. eur.*, 2018, p. 281, spec. p. 288; ALBERTI J., *Il parere della Corte di giustizia sul Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, in *Dir. Un. eur.*, 2012, p. 368. Per la dottrina straniera, CIENFUEGOS MATEO M., *La trascendencia de la función como jueces ordinarios del derecho de la Unión europea de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. A propósito del Dictamen 1/09, de 8 de marzo de 2011, del Tribunal de justicia*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 2012, n. 26, p. 17. Sul modello di organizzazione del potere giudiziario nell'Unione europea v., più diffusamente, SARMIENTO D., *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid, 2004, p. 50.

<sup>259</sup> Il Trattato di Lisbona sostituisce la precedente denominazione della Corte di giustizia della Comunità europea in Corte di giustizia dell'Unione europea, stabilendo che la medesima comprende al suo interno la Corte di giustizia, il Tribunale e i tribunali specializzati. La modifica intervenuta con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha consentito anche al Tribunale e ai tribunali specializzati di assumere a rango di istituzioni dell'Unione europea. Su questo versante, occorre

legato al profilo funzionale e *direttamente* riconnesso alla scomparsa della struttura a pilastri creata dal Trattato di Maastricht e alla comunitarizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, con conseguente estensione, in modo pieno e incondizionato, delle competenze dei giudici comunitari a tale settore<sup>260</sup>.

In relazione al profilo funzionale, il Trattato di Lisbona ripropone la formula, già presente nei trattati istitutivi, secondo cui è compito della Corte di giustizia dell'Unione europea assicurare «il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati»<sup>261</sup>. È pacifico in dottrina che tale formula attribuisca alla Corte di giustizia la funzione di nomofilachia, consistente nell'assicurare l'uniformità dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto dell'Unione all'interno degli Stati membri.

---

aggiungere che l'art. 256, par. 3, comma 1, TFUE riproduce la previsione dell'art. 225, par. 3, TCE, ossia l'attribuzione al Tribunale della competenza a conoscere delle questioni pregiudiziali in materie specifiche determinate dallo Statuto. Su quest'ultimo profilo, GARCÍA DE ENTERRÍA E., *El sistema de la justicia comunitaria tras el Tratado de Niza*, in GARCÍA DE ENTERRÍA E. (dir.) – ALONSO GARCÍA R. (coord.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, 2002, p. 483 ss.

<sup>260</sup> Nel dettaglio, il Trattato di Lisbona realizza la comunitarizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, all'interno del quale confluisce anche la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, che viene quindi trasferita dal Trattato sull'Unione europea al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Tale comunitarizzazione investe anche il sistema di tutela giurisdizionale, in quanto le competenze della Corte di giustizia dell'Unione europea vengono estese a tale settore in modo incondizionato, ad eccezione dell'esame della «validità o [del]la proporzionalità di operazioni condotte dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro o [del]l'esercizio delle responsabilità incompetenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna» (art. 276 TFUE). Per contro, con il Trattato di Lisbona restano in piedi le differenze tra il metodo comunitario e la cooperazione intergovernativa in relazione alla PESC, sicché non viene riconosciuto il controllo giurisdizionale della Corte sulle decisioni che riguardano la PESC, salva una residuale competenza sui ricorsi riguardanti il controllo della legittimità delle misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio (art. 275 TFUE). Sull'argomento, FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, cit., p. 166.

<sup>261</sup> Il paragrafo 3 completa la previsione in punto di attribuzioni funzionali, stabilendo che la Corte di giustizia è competente a pronunciarsi, conformemente ai Trattati, sui ricorsi presentati dagli Stati membri, dalle istituzioni dell'Unione e dai singoli, in via pregiudiziale, sull'interpretazione del diritto dell'Unione e sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni unionali, nonché negli altri casi previsti dai trattati.

Il paragrafo 1 della disposizione è completato da un riferimento esplicito, al comma 2, alle funzioni degli Stati membri, prevedendo che è compito di questi ultimi stabilire «i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione». Si tratta di una norma introdotta dal Trattato di Lisbona, che positivizza l'orientamento della Corte di giustizia in materia di effettività della tutela giurisdizionale e di autonomia processuale, orientamento il quale attribuisce agli Stati membri il compito di assicurare la realizzazione del sistema di tutela giurisdizionale dei diritti di derivazione comunitaria<sup>262</sup>.

Queste le linee essenziali del quadro giurisdizionale dell'Unione che si ricavano dall'art. 19 TUE, le quali devono essere integrate da altre disposizioni dei trattati, prima tra tutte quella di cui all'art. 267 TFUE, nonché dai dati offerti dalla giurisprudenza comunitaria.

## **2.2 La Corte di giustizia nella cornice giurisdizionale dell'Unione e il procedimento pregiudiziale.**

Si è già detto che l'art. 19, par. 1, comma 1, TUE attribuisce alla Corte di giustizia la funzione nomofilattica, espressa attraverso la garanzia del rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati.

È piuttosto agevole rilevare che il disegno dei trattati abbia configurato una specifica variante tra quelle riscontrabili all'interno dell'idea generale di nomofilachia. L'oggetto della tutela, invero, sembrerebbe essere orientato all'individuazione del significato delle norme dell'Unione in sé considerate, nel proporre ipotesi interpretative generali, dove il singolo caso rappresenta soltanto l'occasione per mettere alla prova, anche attraverso opportune

---

<sup>262</sup> Corte di giustizia, sentenza 16 dicembre 1976, causa C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG*, punti 5 e 6, nonché la coeva sentenza 16 dicembre 1976, causa C-45/76, *Comet BV contro Produktschap voor Siergewassen*, punto 13; sentenza 6 dicembre 1994, causa C-410/92, *Elsie Rita Johnson contro Chief Adjudication Officer*, punto 21; sentenza 11 dicembre 1997, causa C-246/96, *Mary Teresa Magorrian e Irene Patricia Cunningham contro Eastern Health and Social Services Board e Department of Health and Social Services*, punto 37; sentenza 16 maggio 2000, causa C-78/98, *Shirley Preston e a.*, punto 31.

integrazioni o modificazioni, la formulazione in termini generali del significato della norma sottoposta a giudizio<sup>263</sup>.

Tale variante di nomofilachia trova riscontro nella struttura del procedimento pregiudiziale (nonché – come si vedrà – negli effetti delle pronunce della Corte di giustizia rese all’esito di tale procedimento), il quale rappresenta il principale strumento attraverso cui si esplica la menzionata funzione di garanzia oggettiva.

Invero, l’uniformazione ermeneutica è realizzata attraverso la formale scissione tra il momento dell’interpretazione e quello dell’applicazione della disposizione dell’Unione: il primo è di competenza della Corte di giustizia mentre il secondo è demandato al giudice nazionale. Tale separazione concettuale tra il momento interpretativo e quello applicativo non è estranea alla tradizione giuridica di alcuni Stati membri, in particolare di quegli ordinamenti in cui il giudizio che si svolge dinanzi all’organo di vertice con funzione di nomofilachia presenta una struttura rescindente mentre l’applicazione della *regolae iuris* ai fatti di causa è demandata al giudice del merito. Senonché, nel modello da ultimo citato l’organo di vertice rende interpretazioni inevitabilmente modellate sulla specificità del caso concreto, perché scaturenti dalla verifica del risultato ermeneutico già sperimentato nella sentenza impugnata, laddove la Corte di giustizia risolve *ex ante* il quesito di diritto sottoposte in termini puramente interpretativi<sup>264</sup>.

---

<sup>263</sup> Cfr., anche per l’analisi delle diverse varianti riscontrabili all’interno dell’idea generale di nomofilachia, TARUFFO M., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, p. 12 ss.

<sup>264</sup> Cfr. BRIGUGLIO A., *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996, spec. p. 43, il quale però aggiunge che in ciò «risiede l’unico senso in cui è utile discorrere di “interpretazione astratta” a proposito della Corte di giustizia». La natura oggettiva della garanzia demandata alla Corte di giustizia risulterebbe, peraltro, confermata dalla conformazione istituzionale del meccanismo pregiudiziale. È noto che secondo costante giurisprudenza della Corte di giustizia il rinvio pregiudiziale dà vita ad un procedimento non contenzioso rispetto al quale le parti del processo *a quo* sono semplici «interessati» e il cui avvio si fonda unicamente sulla valutazione di pertinenza e di necessità compiuta dall’organo giurisdizionale nazionale. Si afferma, invero, che «il sistema introdotto dall’art. 234 CE per assicurare l’unità dell’interpretazione del diritto comunitario negli Stati membri istituisce una cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali attraverso un procedimento estraneo ad ogni iniziativa delle parti» (Corte di giustizia, sentenza 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Willy Kempter KG*, punto 41; in questi termini, sentenze 27 marzo 1963, cause riunite 28/62-30/62, *Da Costa e a.*, 1° marzo 1973, causa 62/72, *Bollmann*, punto 4, e 10 luglio 1997, causa C-261/95, *Palmisani*, punto 31). A favore della visione del procedimento pregiudiziale come

Provando a delineare le linee essenziali della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia, si può rilevare che la medesima ha ad oggetto una *quaestio iuris* consistente nella ricostruzione del significato di una disposizione dell'Unione, o nell'enucleazione di un principio generale (per le *questioni interpretative*), o nel confronto, in termini di compatibilità, fra il contenuto precettivo delle disposizioni o dei principi parametro e quello della disposizione derivata subordinata (per le *questioni di validità*)<sup>265</sup>. Tale competenza presuppone l'esistenza di un nesso – di natura *diretto e immediato* o anche

---

vero e proprio processo di parti, BIAVATI P., *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 412 ss.; ID., *La Corte di giustizia delle Comunità Europee e le questioni pregiudiziali in materia di giustizia e sicurezza: verso un modello alternativo?*, in CARPI F. – LUPOI M. A., *Essays on transnational and comparative civil procedure*, Torino, 2001, p. 201 ss.; STEFANELLI S., *Rinvio pregiudiziale: solo un dialogo tra giudici? A proposito del caso Cartesio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 287 ss.

<sup>265</sup> BRIGUGLIO A., *op. ult. cit.*, p. 39. La competenza pregiudiziale della Corte di giustizia ha ad oggetto esclusivamente le disposizioni dell'Unione, non anche le disposizioni nazionali, le quali possono formare oggetto di un sindacato diretto da parte della Corte di giustizia *solo* nell'ambito della procedura di infrazione di cui agli articoli 258 ss. TFUE. Numerose sono le sentenze in cui la Corte di giustizia afferma che «[n]on spetta alla Corte pronunciarsi sull'interpretazione del diritto nazionale, compito che incombe esclusivamente al giudice nazionale» (cfr. sentenza 7 gennaio 2004, causa C-60/02, *Procedimento penale a carico di X*, punto 58. In questi termini anche sentenza 19 settembre 2006, causa C-506/04, *Graham J. Wilson contro Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, punto 34; sentenza 1 giugno 2006, causa C-453/04, *Innoventif Limited*, punto 29; sentenza 17 luglio 2008, causa C-500/06, *Corporación Dermoestética SA contro To Me Group Advertising Media*, punto 21; sentenza 17 giugno 1999, causa C-295/97, *Industrie Aeronautiche e Meccaniche Rinaldo Piaggio SpA contro International Factors Italia SpA (Ifitalia), Dornier Luftfahrt GmbH e Ministero della Difesa*, punto 29; sentenza 7 dicembre 1995, causa C-45/94, *Cámara de Comercio, Industria y Navegación di Ceuta contro Ayuntamiento di Ceuta*, punto 26; sentenza 21 gennaio 1993, causa C-188/91, *Deutsche Shell AG contro Hauptzollamt Hamburg-Harburg*, punto 27). Tuttavia, il rinvio pregiudiziale si avvicina in una certa misura alle questioni di legittimità costituzionale ogniqualvolta gli organi giurisdizionali nazionali sollevano questioni pregiudiziali di interpretazione con lo sguardo rivolto a disposizioni nazionali la cui compatibilità con il diritto dell'Unione è dubbia. In questi casi, sebbene non possa essere richiesto alla Corte lussemburghese di accertare la compatibilità del diritto nazionale con il diritto dell'Unione nell'ambito del procedimento pregiudiziale, il medesimo risultato è conseguito in forma indiretta, chiedendo se la normativa dell'Unione permette che siano prodotte certe conseguenze giuridiche che coincidono con gli effetti della disposizione nazionale.

*indiretto*<sup>266</sup> – tra la «soluzione della questione di interpretazione o di validità di una disposizione [dell’Unione] e il momento della applicazione delle regole giuridiche in un giudizio pendente innanzi al giudice nazionale»<sup>267</sup>.

---

<sup>266</sup> Si è in presenza di un nesso di pregiudizialità *diretto* laddove sia in gioco il rapporto tra la normativa comunitaria provvista di effetto diretto e la normativa interna, perché in questo caso la questione condiziona direttamente e immediatamente il momento applicativo rimesso al giudice nazionale. Al contrario, laddove venga in rilievo il rapporto tra la normativa interna e la normativa comunitaria priva di effetti diretti, il nesso di pregiudizialità è di tipo *indiretto*, in quanto la soluzione della questione di interpretazione o di validità è pregiudiziale non alla immediata *applicazione* della normativa comunitaria al caso concreto, ma alla *interpretazione* del diritto interno da applicarsi. Sul punto, BRIGUGLIO A., *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., p. 63 ss.

<sup>267</sup> BRIGUGLIO A., *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., p. 63. Altro è il tema dell’inquadramento della pregiudizialità *ex art. 267 TFUE* nella teoria generale della pregiudizialità, vale a dire se si tratta di pregiudizialità in senso tecnico ovvero in senso logico. La prima ipotesi qualificatoria presuppone l’autonomia, e cioè la possibilità di elevare la questione ad oggetto di giudizio *ab initio* autonomo; nella seconda ipotesi qualificatoria, invece, difetta la caratteristica dell’autonomia rispetto all’oggetto della domanda pregiudiziale, con il quale si immedesima. In quest’ultimo caso la questione pregiudiziale «fa parte dell’ultimo anello del sillogismo giudiziale o, per chi più non ha fiducia in codesto modo classico d’intendere la genesi logica della sentenza, rappresenta l’ultima delle sussunzioni, nelle quali si sostanzia il compito del giudice» (ANDRIOLI V., *Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1950, I, p. 27 ss.; spec. p. 35). Secondo una opzione dottrinale, le questioni pregiudiziali comunitarie sarebbero qualificabili in termini di pregiudizialità logica laddove siano risolte autarchicamente dal giudice investito della controversia principale, mentre si trasformerebbero in cause pregiudiziali – e sarebbero, dunque, qualificabili in termini di pregiudizialità tecnica – allorché sia effettuato il rinvio alla Corte di giustizia (CAPPELLETTI M., *Giustizia costituzionale sopranazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 1 ss.; ID., *Intervento*, in *Atti del XVI Convegno nazionale dell’Associazione fra gli studiosi del processo civile*, Rimini, 1988, p. 217; ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 43). L’opinione prevalente, tuttavia, ritiene che quella comunitaria sia una pregiudizialità in senso puramente logico, in base alla considerazione che l’elemento discriminante nella qualificazione non può essere rappresentato da una scelta legislativa che determina l’«accentramento» o la «diffusione» del controllo incidentale, trattandosi solo di «una modalità tecnica di risoluzione del dubbio» che «nulla immuta in ordine all’oggetto della questione ed al suo rapporto con il giudizio principale» (BRIGUGLIO A., *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., p. 82; sulla qualificazione della pregiudizialità comunitaria come pregiudizialità in senso puramente logico, LIEBMAN E. T., *Sulla sospensione «propria» e «impropria» del processo civile*, cit., p. 300; BONSIGNORI A., *Pregiudizialità comunitaria, espropriazione e fallimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 1417 ss.). Chi colloca la questione di pregiudizialità comunitaria al novero delle pregiudiziali in senso logico conferisce

Il meccanismo pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE è connotato dalla contemporanea presenza di elementi di «diffusione» e di «accentramento» delle funzioni ermeneutiche, posto che l'*obbligo* del rinvio è collocato solo al vertice della piramide impugnatoria interna, con facoltà di rinvio negli altri casi e, dunque, con frazionamento del controllo nell'ambito delle istanze inferiori<sup>268</sup>.

Questa impostazione va però rimeditata in relazione alle questioni pregiudiziali di validità, dove – a seguito della sentenza *Foto-Frost*<sup>269</sup> – risulta preponderante l'accentramento della funzione ermeneutica. In tale pronuncia, invero, la Corte lussemburghese ha affermato che la facoltà di rinvio dell'(allora vigente) art. 177, co. 2, non comporta che i giudici possano sottrarsi al dovere di applicare la normativa comunitaria derivata e possano, dunque, ritenere invalida e inapplicabile una disposizione comunitaria che tale non sia stata dichiarata dalla Corte di giustizia<sup>270</sup>. Dunque, in riferimento alle

---

assorbente rilievo al fatto che le questioni comunitarie – così come quelle di costituzionalità – non sarebbero ontologicamente diverse da tutte le altre questioni ermeneutiche, di interpretazione e/o individuazione delle norme applicabili che sostanziano qualsiasi giudizio. Dunque, l'intrinseca appartenenza della questione pregiudiziale comunitaria all'oggetto del giudizio principale che si svolge dinanzi alla giurisdizione interna farebbe propendere per la qualificazione in termini di pregiudiziale in senso meramente logico, conformemente a ciò che si afferma in relazione alla pregiudiziale costituzionale.

<sup>268</sup> BRIGUGLIO A., *op. ult. cit.*, p. 83. Ciò in quanto l'uniformazione ermeneutica è raggiunta attraverso la struttura piramidale della impugnazione e il meccanismo accentrato consistente nel rinvio pregiudiziale obbligatorio per i giudici di ultima istanza.

<sup>269</sup> Corte di giustizia, sentenza 22 ottobre 1987, causa C-314/85, *Foto-Frost contro Hauptzollamt Lübeck-Ost*.

<sup>270</sup> Sicché, l'autarchica risoluzione della questione sarebbe preclusa laddove il giudice nazionale sospetti la *invalidità* dell'atto comunitario, in quanto il rischio che siano raggiunte conclusioni diverse tra le giurisdizioni nazionali comprometterebbe l'unità dell'ordinamento giuridico e, dunque, la funzione ultima del rinvio pregiudiziale (sentenza *Foto-Frost*, cit., punti 14 e 15). Resta ferma, invece, la discrezionalità nella scelta se operare o meno il rinvio alla Corte di giustizia laddove, sorta la questione di validità, il giudice l'abbia risolta nel senso della *validità* dell'atto comunitario, perché in questo caso non verrebbe messa in discussione l'esistenza di esso. La sentenza poggia sul rilievo che l'esclusività della competenza della Corte nell'annullare un atto di una istituzione (ex art. 263 TFUE, già art. 173 TCE) debba essere parimenti mantenuto in riferimento al potere di dichiarare l'invalidità dello stesso atto (sentenza *Foto-Frost*, cit., punti 16 e 17). Ossia, sulla equiparazione di due rimedi ontologicamente diversi: quello annullatorio, contemplato dall'articolo 263 TFUE, aperto ad una cerchia limitata di soggetti e che produce la definitiva caducazione dell'atto impugnato; quello



questioni di validità della normativa dell'Unione derivata gli organi giurisdizionali interni possono risolvere autonomamente il dubbio di legittimità nel senso della sua infondatezza, mentre è preclusa la facoltà di disapplicazione diretta della normativa in questione<sup>271</sup>.

---

contemplato dall'articolo 267 TFUE, che conduce alla risoluzione solo incidentale della questione di validità, questione prospettata nel processo principale dal giudice *ex officio* o dalla parte, in quest'ultimo caso senza alcuna limitazione in punto di legittimazione (sugli effetti delle pronunce pregiudiziali di validità v., più diffusamente, quanto si dirà in seguito nel testo e nelle note). Secondo la dottrina, la sentenza *Foto-Frost* non darebbe luogo ad una semplice lettura «correttiva» dell'articolo 267 TFUE, in quanto «[n]on solo il tenore di questo non differenzia questione di interpretazione e questione di validità, né differenzia all'interno della seconda in relazione ai possibili esiti solutori, e circoscrive invece l'obbligo di rinvio determinatamente ed unicamente in base al tipo di giurisdizione nazionale» (BRIGUGLIO A., *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 164). Parte della dottrina parla di vera e propria interpretazione *contra legem* dell'articolo 177 TCE. Cfr., in particolare, ADINOLFI A., *L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, Milano, 1997; MENGOZZI P., *La rule of law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, in *Jus*, 1994, p. 282. Tra le critiche più severe alla sentenza *Foto-Frost* si rinvia alle conclusioni dell'Avvocato generale DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER presentate il 30 giugno 2005 nella causa C-431/03, *Gaston Schul Douane-expediteur BV contro Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*. In particolare, si legge al punto 81 che «la Corte, nella sentenza *Foto-Frost*, si è appropriata di un potere senza che ciò trovasse alcun fondamento nella lettera dell'art. 234 CE, istituendo l'obbligo di effettuare un rinvio pregiudiziale in casi rispetto ai quali gli autori del Trattato avevano previsto una semplice facoltà, e attribuendosi la competenza esclusiva a sindacare l'efficacia degli atti comunitari a spese dei giudici nazionali. Prima o poi le acque torneranno al loro alveo naturale e il giudice nazionale recupererà il ruolo di protagonista che è suo diritto condividere con la Corte di giustizia nell'ambito della cooperazione giudiziaria, abbandonando quello di semplice attore cui è stato relegato dall'ansia di tutela dell'organismo di Lussemburgo». La complessità della questione sottoposta alla Corte nella causa conclusasi con la sentenza *Foto-Frost* emerge a pieno delle conclusioni dell'Avvocato generale FEDERICO MANCINI, presentate il 19 maggio 1987, il quale – prima di concludere nel senso della direzione poi accolta dalla Corte – ricostruisce le ragioni a sostegno della tesi opposta, riconoscendo, in chiusura, che la conclusione sostenuta dal medesimo e poi fatta propria dalla Corte si presentava «non irrefutabile ma certo ragionevole».

<sup>271</sup> GIOVANNETTI T., *L'Europa dei giudici*, cit., p. 107. Il potere di risolvere autonomamente la questione di validità, anche nel senso della provvisoria disapplicazione dell'atto di diritto derivato, viene però riconosciuto quando il giudice nazionale sia investito della richiesta di provvedimenti cautelari, laddove il coinvolgimento della Corte rischierebbe di frustrare le esigenze di effettività di tutela e l'effetto utile del meccanismo del rinvio pregiudiziale. Cfr., Corte di giustizia, sentenza 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG*. Nella sentenza si afferma che «[l]a sospensione dell'esecuzione di un provvedimento nazionale adottato in applicazione di una

### 2.2.1 Il discusso tema della natura e dell'efficacia delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia.

La specifica connotazione della funzione di nomofilachia a cui si è fatto cenno in apertura del presente paragrafo sembrerebbe essere confermata anche dalle tesi attualmente dominanti sul tema dell'efficacia delle pronunce pregiudiziali della Corte di giustizia, tema su cui ci si soffermerà nelle prossime righe.

Partendo dalle sentenze aventi ad oggetto le questioni di validità, occorre effettuare una preliminare distinzione tra le sentenze che dichiarano la *validità* e quelle che, al contrario, accertano l'*invalidità* di un atto dell'Unione.

In relazione alle sentenze di rigetto, la formulazione del dispositivo lascia chiaramente intendere che la Corte non dichiara la validità di una norma in termini generali, ma soltanto in relazione ai vizi esaminati, sicché resta ferma la possibilità per altri giudici di dubitare della validità della medesima disposizione e perciò di riproporre alla Corte la questione di validità<sup>272</sup>, anche se – probabilmente – non in termini identici rispetto a quelli avuti presenti nella sentenza di rigetto<sup>273</sup>.

---

norma comunitaria può essere concessa da un giudice nazionale a condizione che lo stesso giudice nutra gravi riserve in ordine alla validità dell'atto comunitario e provveda direttamente a effettuare il rinvio, nell'ipotesi in cui alla Corte non sia già stata deferita la questione di validità dell'atto impugnato, ricorrano gli estremi dell'urgenza, sul richiedente incomba il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile e il suddetto giudice tenga pienamente conto dell'interesse della Comunità».

<sup>272</sup> ADINOLFI A., *L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, cit., p. 295; BRIGUGLIO A., *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., p. 276.

<sup>273</sup> ADINOLFI A., *L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, cit., p. 296, secondo cui l'orientamento accolto in precedenza dalla Corte potrebbe essere superato solo a condizione che siano dedotti nuovi elementi che non sussistevano o che erano ignoti al momento in cui la decisione è stata resa. Una conferma di tale opzione sarebbe riscontrabile nella sentenza 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH e altre*, spec. punto 46, dove la Corte lussemburghese afferma che il giudice nazionale non possa concedere provvedimenti provvisori che sospendano l'applicazione di una norma comunitaria la cui validità egli dubiti laddove la validità sia già stata accertata in un diverso procedimento pregiudiziale, «a meno che i motivi di illegittimità dinanzi ad esso dedotti siano diversi dai motivi di annullamento o dai motivi di illegittimità che la Corte ha respinto nella sua sentenza». *Contra*, BRIGUGLIO A., *op. ult. loc. cit.*, secondo cui la questione potrebbe essere riproposta anche in termini identici.

Con riferimento alle sentenze di accoglimento, l'orientamento dominante in dottrina pare essere influenzato dalla sentenza *International Chemical Corporation*<sup>274</sup>, con la quale la Corte di giustizia ebbe ad affermare che sebbene la sentenza che accerti l'invalidità di un atto di un'istituzione ai sensi dell'art. 267 TFUE (già 177 Trattato CE) «abbia come diretto destinatario solo il giudice che si è rivolto alla Corte, costituisce *per qualsiasi altro giudice un motivo sufficiente* per considerare tale atto non valido ai fini di una decisione ch'esso debba emettere»<sup>275</sup>.

---

<sup>274</sup> Corte di giustizia, sentenza 13 maggio 1981, causa C-66/80, *SpA International Chemical Corporation contro Amministrazione delle finanze dello Stato*.

<sup>275</sup> *Ivi*, punto 13 (corsivo aggiunto). Il punto 12 della sentenza mette in evidenza la peculiarità delle sentenze dichiarative dell'invalidità di un atto di diritto derivato. Si afferma, invero, che qualora la Corte dichiari l'invalidità «alle esigenze relative all'applicazione uniforme del diritto comunitario si aggiungono esigenze particolarmente imperiose di certezza del diritto» sicché, in considerazione della natura stessa di tale declaratoria «i giudici nazionali non potrebbero applicare l'atto dichiarato invalido senza creare nuovamente gravi incertezze per quanto concerne il diritto comunitario». La sentenza *International Chemical Corporation* deve essere integrata dalla sentenza 6 dicembre 2005, causa C-461/03, *Gaston Schul Douane-expediteur BV contro Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, dove è stato chiesto alla Corte se l'articolo 234, terzo comma, CE, facesse obbligo al giudice di ultima istanza di rivolgersi alla Corte di giustizia con una questione pregiudiziale relativa alla validità di un regolamento «anche laddove l'invalidità di disposizioni corrispondenti di un altro regolamento simile sia stata dichiarata dalla Corte di giustizia, ovvero se le disposizioni sopra menzionate possano essere disapplicate, tenuto conto delle particolari analogie con le disposizioni dichiarate invalide». La Corte di giustizia esclude l'applicabilità della giurisprudenza *Cilfit* alle questioni relative alla validità degli atti comunitari, riconfermando il carattere incondizionato dell'obbligo di proporre rinvio pregiudiziale attraverso un ampio richiamo alle argomentazioni svolte in *Foto-Frost*. Principio che, pur se riferito agli organi giurisdizionali di ultima istanza, sembrerebbe trovare applicazione anche in relazione ai giudici di merito, stante l'indifferenza, quanto al perimetro dell'obbligatorietà, del tipo di giurisdizione nazionale innanzi alle questioni di validità. Attraverso la lettura congiunta delle sentenze *Foto-Frost*, *Da Costa*, *Cilfit* e *Gaston Schul* si ricava che: a) il giudice nazionale avverso le cui decisioni sia proponibile un ricorso interno può risolvere autarchicamente la questione pregiudiziale in punto di validità di un atto di diritto derivato laddove si tratti di affermarne la *validità*; b) ove si tratti di giudice di ultima istanza non rileva la distinzione in relazione ai possibili esiti solutori della questione pregiudiziale di validità, sicché resta fermo l'obbligo del rinvio pregiudiziale, salvo che sussista una precedente pronuncia della Corte di giustizia che abbia già affermato la validità *di quella stessa disposizione* comunitaria; c) ove vi sia una precedente pronuncia della Corte che abbia affermato, in via incidentale, la *invalidità* della disposizione comunitaria derivata, rispetto alla identica questione non vi sarà obbligo di rinvio, né

In via di prima approssimazione, sembra doversi escludere che la pronuncia che accerti l'invalidità di un atto dell'Unione possa produrre la medesima efficacia *erga omnes* di quella emessa *principaliter ex artt. 263 e 264 TFUE*, quest'ultima soltanto potendo condurre ad una sentenza costitutiva con effetti sostanzialmente abrogativi<sup>276</sup>.

Ciò posto, parte della dottrina afferma che la sentenza che accerti in via pregiudiziale l'invalidità di un atto dell'Unione ha un valore *sostanzialmente erga omnes*, ossia sarebbe idoneo a far sorgere un vincolo *di fatto* per tutti i giudici nazionali a tener conto della pronuncia della Corte di giustizia<sup>277</sup>. Altra parte della dottrina sostiene che la sentenza di accoglimento della questione pregiudiziale di validità produce un vero e proprio obbligo, con valenza *erga omnes*, di non applicazione dell'atto oggetto della pronuncia, obbligo che però troverebbe la sua fonte nel principio di certezza del diritto e nel dovere di leale cooperazione<sup>278</sup>.

---

per il giudice di ultima istanza, né per quelli di istanza inferiore (BRIGUGLIO A., *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., p. 202), perché la pronuncia sarebbe di per sé sufficiente a giustificare la disapplicazione dell'atto dichiarato invalido in ogni altro processo; *d*) diversamente, la predetta pronuncia della Corte di giustizia non può far venir meno l'obbligo di rinvio rispetto a *diversa ma analoga* questione di validità, a prescindere dalla collocazione dell'organo giurisdizionale nell'*iter* impugnatorio interno.

<sup>276</sup> Del resto, il rimedio annullatorio in via principale contempla una ristretta cerchia di legittimati e un termine breve per la proposizione del ricorso, mentre alcuna limitazione – sotto il profilo temporale e quello della legittimazione alla proposizione del ricorso – è prevista in relazione al controllo pregiudiziale di validità, sicché la equiparazione effettuale tra la pronuncia resa *principaliter* e quella resa a seguito di un rinvio pregiudiziale farebbe perdere di significato le enunciate differenze. In questi termini, BRIGUGLIO A., *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., pp. 277 e 278.

<sup>277</sup> GAJA G., *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 1996, pp. 62 e 63; CATALANO N., *Natura e portata del giudizio di invalidità ex art. 177 C.e.e.*, in *Riv. dir. eur.*, 1980, p. 258.

<sup>278</sup> Per tutti, v. ADINOLFI A., *L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, cit., p. 303 ss. L'opzione proposta dall'Autrice sembra così riassumibile: *a*) nell'ambito dell'art. 267 TFUE l'effetto della pronuncia di accoglimento consisterebbe esclusivamente nell'escludere l'obbligo del rinvio sia per il giudice del merito che per quello di ultima istanza, ferma la possibilità di sollevare una nuova questione pregiudiziale; *b*) l'obbligo di non applicazione dell'atto dichiarato invalido deriverebbe, invece, da altre norme, ossia – come già detto – dal principio di certezza del diritto e dal dovere di leale cooperazione. Il punto *a*) sembra vicino alla tesi prospettata da BRIGUGLIO A., *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., p. 276 ss., il quale afferma – con una opzione

Pur nella diversità di argomentazioni, il risultato sembra essere il medesimo, ossia il riconoscimento dell'idoneità della pronuncia di accoglimento a far sorgere un obbligo – *di fatto*, secondo la prima tesi, *giuridico*, nella seconda prospettiva – di non applicare l'atto la cui invalidità sia stata già accertata in via pregiudiziale.

### 2.2.2 Segue: ricostruzione degli effetti delle sentenze pregiudiziali di interpretazione.

Più complicata pare essere la questione della natura e degli effetti delle sentenze pregiudiziali di interpretazione.

In via di premessa si può ragionevolmente escludere che gli effetti delle pronunce della Corte di giustizia rese all'esito del procedimento pregiudiziale di interpretazione possano essere assimilati a quelli del c.d. precedente della gran parte dei sistemi di *common law* e che, dunque, possano costituire una *autonoma e distinta* fonte di diritto rispetto agli atti normativi<sup>279</sup>.

---

sostanzialmente equiparabile a quella formulata in relazione alle pronunce interpretative, su cui v. infra nel testo e nelle note successive – che innanzi ad una sentenza che accerti l'invalidità, il giudice si troverebbe innanzi all'alternativa secca tra il conformarsi al precedente o il sollevare una nuova questione pregiudiziale. Differenze possono, però, scorgersi in relazione ai margini di riproponibilità della questione pregiudiziale avente ad oggetto un atto la cui invalidità sia già stata accertata dalla Corte di giustizia. Secondo ADINOLFI A., *op. cit.*, spec. p. 308, la nuova rimessione sarebbe giustificabile solo al fine di ottenere dalla Corte precisazioni circa gli effetti della pronuncia dichiarativa di invalidità, mentre BRIGUGLIO A., *op. cit.*, p. 276, non pare prospettare limitazioni, pur riconoscendo che «*de facto* un precedente giurisprudenziale dichiarativo della invalidità [...] scoraggerà il nuovo coinvolgimento della Corte su identica questione».

<sup>279</sup> È ben noto che il valore del precedente giudiziario nel sistema delle fonti può oscillare da un massimo di obbligatorietà ad un minimo di persuasività (PICARDI N., *Appunti sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, p. 201 ss., spec. p. 203). Il primo polo è più vicino ai sistemi di *common law*, dove il precedente è concepito come *fonte* di diritto, sicché scaturisce un vincolo giuridico di conformazione alla precedente statuizione giudiziaria resa su una controversia oggettivamente identica a quella posteriormente istaurata, vincolo la cui inosservanza è sanzionata dal relativo sistema processuale. Il secondo polo è più vicino ai sistemi di *civil law*, dove la successiva conformazione deriva da una spontanea adesione per convinzione del giudice, sicché l'autorità vincolante della pronuncia deriva dalla sua attendibilità e dalla razionalità delle relative argomentazioni. Dunque, nel primo caso la pronuncia si impone *per forza propria* ai giudici successivamente aditi, nel secondo caso presuppone che il giudice sia portato ad aderirvi per intima convinzione (COMOGLIO L. P. – CARNEVALE V., *Il ruolo della*

Invero, gli Stati membri originari siglatari del Trattato istitutivo della Comunità economica europea erano tutti appartenenti alla tradizione giuridica di *civil law*, nell'ambito della quale è ignoto il sistema del precedente vincolante<sup>280</sup>. Sicché, appare ragionevole ritenere che non fosse nelle intenzioni del legislatore europeo la costituzione di un sistema di precedente vincolante ispirato al modello di *common law*<sup>281</sup> o almeno che siffatta volontà si sarebbe dovuta tradurre in una espressa disposizione all'interno dei Trattati istitutivi, perché volta a costituire un sistema radicalmente diverso dalla tradizione giuridica degli Stati fondatori e della maggior parte degli (attuali) Stati membri.

Nel silenzio dei Trattati sul punto, tre sono le teorie formulate dalla dottrina quanto alla natura e agli effetti delle pronunce esegetiche della Corte di giustizia, vale a dire: *a*) la teoria della *autorité de la chose interprétée*; *b*) la teoria della efficacia panprocessuale; *c*) infine, la teoria secondo cui la pronuncia sarebbe idonea a far sorgere un

---

*giurisprudenza e i metodi di uniformazione del diritto in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1037 ss.).

<sup>280</sup> D'ALESSANDRO E., *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012, pp. 300 e 301.

<sup>281</sup> D'ALESSANDRO E., *op. ult. cit.*, p. 304 ss., evidenzia che il sistema giurisdizionale comunitario difetta di tre requisiti necessari su cui si fonda il sistema del precedente vincolante, vale a dire: *a*) l'esistenza di un rapporto gerarchico tra le Corti; *b*) l'esistenza di un dovere di giustificazione dell'eventuale *revirement*; *c*) infine, il dovere giuridico di conformazione e, dunque, l'esistenza di meccanismi sanzionatori o impugnatori in relazione alla sentenza del giudice che disattendono il precedente. Quanto al primo profilo (*a*), si evidenzia che il rapporto tra gli organi giurisdizionali interni e la Corte di giustizia si inquadrano non già in termini di gerarchia bensì in termini di riparto di competenze, secondo quanto stabilito dall'art. 19 Trattato UE. In relazione al profilo *b*) viene in rilievo l'assenza di un dovere giuridico, in capo al giudice del Lussemburgo, di osservanza di un proprio precedente, a differenza di quanto si verifica all'interno dei sistemi di *common law*, nell'ambito dei quali il giudice supremo è conseguentemente tenuto ad esporre in modo minuzioso e dettagliato le ragioni del *distinguishing*. Tale dovere non è configurabile in relazione alla Corte del Lussemburgo, rispetto alla quale esiste una mera facoltà di indicazione delle ragioni del *distinguishing*, la quale è esercitata al fine precipuo di non vanificare la funzione di nomofilachia che le è attribuita. Infine, in relazione al profilo *c*) si evidenzia che la mancata osservanza del precedente della Corte lussemburghese non vizia, per ciò solo, il *dictum* del giudice nazionale a causa di un errore procedurale. Su tale ultimo profilo v. più diffusamente quanto si dirà in seguito, nel testo e nelle note, in relazione ai profili *lato sensu* sanzionatori che iniziano a delinearsi nella giurisprudenza comunitaria in conseguenza della ignoranza manifesta della giurisprudenza della Corte di giustizia.

generalizzato dovere di conformazione in capo a tutti organi giurisdizionali interni, superabile solo attraverso una nuova rimessione pregiudiziale.

Secondo la prima teoria – della *autorité de la chose interprétée* – la pronuncia interpretativa della Corte di giustizia non sarebbe produttiva di una (mera) efficacia a contenuto dichiarativo e di natura processuale, in quanto la medesima si unirebbe alla norma di diritto dell'Unione europea interpretata divenendo un tutt'uno con quest'ultima, sicché sarebbe idonea a produrre una efficacia sostanziale *erga omnes*.

In estrema sintesi, secondo tale prospettiva la pronuncia esegetica della Corte di giustizia verrebbe ad assumere le medesime caratteristiche in un atto normativo di interpretazione autentica e si imporrebbe, dunque, non già quale atto processuale bensì quale atto normativo, con significative conseguenze quanto al perimetro della sua obbligatorietà. Invero, il vincolo al rispetto della sentenza interpretativa non riguarderebbe soltanto il giudice che effettuò il rinvio, e i giudici dei gradi inferiori del *medesimo* processo, bensì la generalità degli organi giurisdizionali degli Stati membri; inoltre, la medesima sentenza sarebbe applicabile anche alle situazioni esterne al processo *a quo*, benché sorte prima della sentenza.

Tale teoria è stata elaborata negli ordinamenti di matrice francese ed è indubbiamente influenzata dai principi ispiratori di quella tradizione giuridica, *in primis* il principio della separazione dei poteri ed il connesso postulato secondo cui il giudice sarebbe preposto alla mera attuazione della fonte scritta.

Ed invero, siffatto postulato poteva essere conciliato con la previsione di cui all'articolo 267 TFUE, il quale attribuisce ad un organo giurisdizionale il monopolio nella *interpretazione* del diritto dell'Unione, soltanto attraverso la equiparazione effettuale della pronuncia esegetica con la norma interpretata e attraverso la riconduzione dell'inevitabile coefficiente di creatività insito in ogni pronuncia di interpretazione all'operato del legislatore europeo<sup>282</sup>.

---

<sup>282</sup> La teoria della *autorité de la chose interprétée* evoca il c.d. *décret déclaratoire de la loi* pronunciato dal *Corp Legislatif* nell'ambito della procedura di *référé législatif* obbligatorio su sollecitazione del *Tribunal de cassation* dopo il terzo e successivo ricorso in Cassazione avverso una pronuncia dell'autorità giurisdizionale. Il *référé législatif* obbligatorio trovava ingresso nella Francia post-rivoluzionaria, nel 1790, in contrapposizione al *référé législatif* facoltativo, per porre fine alla *navette* tra giudici di merito e *Tribunal de cassation* derivante dal carattere esclusivamente negativo-ablatorio delle pronunce del secondo. Invero, il *Tribunal de*

Benché intimamente legata ad una tradizione culturale lontana dai fondamenti del diritto dell'Unione, tale teoria ha ricevuto ampi consensi nell'ambito della giurisprudenza e della dottrina, anche italiana<sup>283</sup>, ed è quella attualmente prevalente<sup>284</sup>.

---

*cassation* aveva, nella configurazione originaria, natura essenzialmente politica e la sua finalità istituzionale era quella di «controllare» l'esatta osservanza della legge da parte del potere giudiziario. La sua estraneità alla giurisdizione aveva prodotto per lungo tempo la convivenza tra il potere del *Tribunal* di annullare le pronunce delle autorità giurisdizionali e il potere del giudice del rinvio di ripetere l'errore interpretativo sanzionato dal *Tribunal*, perché si riteneva che il riconoscimento dell'obbligo del giudice del rinvio di osservare l'interpretazione del diritto posta a base dell'annullamento avrebbe potuto comportare una inammissibile contaminazione tra poteri (PUNZI C., *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto?*, in *www.historiaetius.eu*, 1/2012, paper 4, p. 3). Ora, il divieto di interpretazione delle disposizioni dubbie da parte del *Tribunal* era bilanciato dall'istituto del *référé*, che consentiva al *Corp Legislatif* di dichiarare la volontà della legge. Il *décret déclaratoire de la loi* vincolava retroattivamente e con efficacia generalizzata in quanto atto normativo. In proposito v., per tutti, PANZAROLA A., *La Cassazione civile giudice del merito*, I, Torino, 2005, p. 3 ss., spec. p. 63 ss.

<sup>283</sup> Cfr. TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 324 ss., secondo cui la sentenza interpretativa della Corte di giustizia vincola non solo il giudice *a quo*, ma anche gli altri giudici, le pubbliche amministrazioni nonché i legislatori degli Stati membri «ad adottare tutte le misure idonee ad adeguare il proprio ordinamento alla norma di diritto dell'Unione così come interpretata dalla Corte, pena la violazione del principio di leale collaborazione e conseguente obbligo di risarcire i danni». In dottrina, BIAVATI P., *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2015, p. 434, dove si evidenzia che la pronuncia interpretativa della Corte di giustizia «ha un'efficacia generale, in quanto si impone ai giudici nazionali, anche di paesi diversi da quello a cui appartiene l'organo giurisdizionale» del rinvio, almeno fino a che non venga superato dalla Corte di giustizia. In questi termini anche CONDINANZI M. – MASTROIANNI R., *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pp. 231 e 232; RAITI G., *La forza "di acciaio" del giudicato Lucchini nell'inatteso (temporaneo?) epilogo della vicenda pregiudiziale comunitaria dinanzi al Tribunale di Roma*, in *Int'l Lis*, 2011, p. 139 ss., spec. p. 144 s. Nell'ambito della dottrina straniera, v. in particolare, SOCA TORRES I., *La cuestión prejudicial europea. Planteamiento y competencia del Tribunal de Justicia*, Barcellona, 2016, p. 88, il quale argomenta dalla funzione istituzionale della Corte di giustizia e dalla finalità della questione pregiudiziale di interpretazione, consistente nel garantire l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione negli Stati membri, funzione che potrebbe essere preservata solo riconoscendo una efficacia vincolante generale delle pronunce della Corte. Si evidenzia, inoltre, che «las sentencias en un procedimiento prejudicial son de naturaleza declarativa, puesto que determinan cómo deben ser interpretadas las disposiciones de Derecho de la Unión desde su entrada en vigor. Por lo tanto, la interpretación dada por el Tribunal de Justicia, si bien no constituye una nueva disposición en sentido estricto, deviene parte integrante de la norma en cuestión y de todo el ordenamiento jurídico europeo. Tiene efectos normativos *erga omnes* que deben ser respetados por los órganos



Del resto, la teoria in esame ha il pregio di riuscire a spiegare la diretta efficacia delle pronunce interpretative negli ordinamenti interni dei singoli Stati membri ed è altresì idonea a mettere in risalto (e di valorizzare sotto il profilo teorico) il coefficiente di normatività e creatività presente nelle pronunce esegetiche della Corte di giustizia. Tuttavia, l'opzione si fonda sull'idea che la sentenza interpretativa della Corte di giustizia possa essere equiparata ad una legge di interpretazione autentica, benché solo la seconda – e non anche la prima – presenti i caratteri della generalità e dell'astrattezza.

La seconda teoria, quella secondo cui la pronuncia interpretativa della Corte di giustizia è idonea a produrre una efficacia panprocessuale, è stata sostenuta in Italia da una parte minoritaria della dottrina<sup>285</sup>.

È noto che l'efficacia panprocessuale è una efficacia extraprocessuale propria delle pronunce che non statuiscono sul modo di essere di un diritto soggettivo e che, pertanto, sono reputate idonee ad una valenza soltanto processuale. Ed è altrettanto noto che nella prospettiva interna il provvedimento a cui è riconosciuta l'idoneità a produrre siffatta efficacia è quello con cui la Corte di cassazione enuncia il principio di diritto, il quale è vincolante non soltanto per il giudice del rinvio ma, altresì, per l'autorità giurisdizionale chiamata a

---

jurisdiccionales nacionales» (spec. p. 93). Per la prima affermazione, nella giurisprudenza costituzionale, del principio secondo cui le sentenze della Corte di giustizia sono assistite della medesima efficacia obbligatoria degli atti normativi, Corte cost., sent. 23 aprile 1985, n. 113, in *Foro it.*, 1985, I, c. 1600 e in *Dir. comm. scambi int.*, 1985, p. 459, con nota di DANIELE L., *Ancora sui rapporti tra diritto comunitario e diritto interno incompatibile secondo l'ordinamento costituzionale italiano*. Il principio sembra essere consolidato anche nella giurisprudenza di legittimità. Cfr., in particolare, Cass., sez. III, sent. 2 marzo 2005, n. 4466, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 1060, dove si afferma «è alla stregua dei principi appena ricordati che si attribuisce alle sentenze della Corte di giustizia il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, non nel senso che esse creino *ex novo* norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia *erga omnes* nell'ambito della Comunità». Per le successive affermazioni del principio nella giurisprudenza di legittimità e della Corte costituzionale si vedano i richiami di RAITI G., *op. ult. cit.*, p. 145, note 23 e 24 e di D'ALESSANDRO E., *op. ult. cit.*, p. 256 e 257, nota 94.

<sup>284</sup> In questi termini D'ALESSANDRO E., *op. ult. cit.*, p. 266. Secondo RAITI G., *op. ult. cit.*, pp. 144 e 145, la formale equiparazione del carattere vincolante delle pronunce interpretative della Corte di giustizia a quello di qualsiasi altra disposizione normativa dell'Unione ad efficacia diretta «costituisce un dato giurisprudenzial-normativo ben solido».

<sup>285</sup> In particolare, D'ALESSANDRO E., *op. ult. cit.*, p. 274 ss.

decidere la nuova e identica causa nelle ipotesi di estinzione del giudizio e di successiva riproposizione della domanda (arg. ex art. 393, ultimo periodo, c.p.c.)<sup>286</sup>. Ciò che consente di distinguere il principio di diritto dalla cosa giudicata sostanziale consiste nella circostanza che il primo, a differenza della seconda, è sensibile alla nuova legge così come alla dichiarazione di incostituzionalità della norma che ne costituisce l'oggetto, le quali differenze sono l'immediata e diretta conseguenza del fatto che al principio di diritto manca l'applicazione della regola di diritto alla fattispecie concreta dedotta in giudizio, sicché quest'ultima continua a rinvenire la propria disciplina nella norma generale e astratta e non già nella *lex specialis* costituita dal giudicato<sup>287</sup>.

Applicata alla materia *de qua*, l'efficacia panprocessuale implica che le pronunce esegetiche della Corte di giustizia siano idonee a vincolare solo i giudici di futuri processi riguardanti la medesima controversia di merito e pendenti tra le medesime parti in senso sostanziale<sup>288</sup>. Vale a dire i giudici dei successivi gradi di giudizio, laddove il rinvio pregiudiziale sia stato proposto da un organo giurisdizionale di merito, il giudice del rinvio, laddove – come spesso accade, attesa l'obbligatorietà ex art. 267, co. 3, TFUE – la rimessione pregiudiziale sia effettuata dalla Corte di cassazione, nonché il giudice del futuro processo in cui sia riproposta tra le stesse parti la medesima domanda in conseguenza della estinzione del giudizio di rinvio o di mancata riassunzione del medesimo (art. 393 c.p.c.).

L'opzione in esame, però, riconosce alle pronunce interpretative della Corte di giustizia l'idoneità a produrre effetti *di fatto* ulteriori e diversi, consistenti essenzialmente nell'esonerare qualunque giudice nazionale posto al vertice della piramide impugnatoria dall'obbligo di

---

<sup>286</sup> Circostanza, questa, che consente di distinguere il principio di diritto dalla preclusione. Ed invero, quest'ultima opera solo all'interno dello stesso processo, laddove l'efficacia vincolante del principio di diritto si estende ai futuri processi nei casi di riproposizione tra le stesse parti della medesima domanda posta ad oggetto del processo estinto. Cfr. MONTESANO L., *Rassegna di giurisprudenza in tema di diritto processuale civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, II, p. 119 ss., spec. pp. 124 e 125,

<sup>287</sup> GAMBINERI B., *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, Milano, 2008, p. 145 ss. e p. 262. In altre parole, le indicate differenze sono la conseguenza del fatto che in relazione ai provvedimenti con cui il giudice non dichiara il modo di essere di un rapporto intersoggettivo non si verifica quell'effetto tipico del giudicato rappresentato dallo «sganciamento» della pronuncia dalla astratta norma di legge, il quale giustifica la resistenza del giudicato allo *jus superveniens* e alla dichiarazione di incostituzionalità della norma che costituisce l'oggetto.

<sup>288</sup> D'ALESSANDRO E., *Il procedimento pregiudiziale interpretativo*, cit., p. 277.

rinvio pregiudiziale laddove sussistano tutte le condizioni enunciate nella giurisprudenza *Cilfit*<sup>289</sup>. In altre parole, la spontanea conformazione alla precedente sentenza interpretativa della Corte di giustizia da parte del giudice nazionale (*rectius*: di un giudice diverso da quello che si inserisce nella medesima sequela procedimentale del giudice *a quo*) determina il venir meno della *questione* interpretativa, la quale costituisce il presupposto del sorgere dell'obbligo di rinvio pregiudiziale.

Dunque, l'effetto di fatto della pronuncia interpretativa consisterebbe nell'impedire la trasformazione del *punto pregiudiziale* in *questione* interpretativa cui l'art. 267 TFUE ricollega il sorgere dell'obbligo di rinvio<sup>290</sup>.

La tesi in esame ha il pregio di superare i limiti della teoria della *autorité de la chose interprétée*, in quanto muove dalla natura *concreta* della interpretazione proposta dalla Corte di giustizia nelle sue pronunce e, per tale via, dalla fisiologica assimilazione (effettuale e contenutistica) delle sentenze ermeneutiche agli atti giurisdizionali e non già agli atti normativi. Altri profili, tuttavia, destano alcune perplessità.

Anzitutto, se il giudice nazionale di ultima istanza non nutre dubbi in ordine alla interpretazione di una disposizione dell'Unione laddove la sua portata ermeneutica sia già stata chiarita da una precedente pronuncia della Corte di giustizia, è esonerato dall'obbligo del rinvio non perché opera l'efficacia di fatto della sentenza interpretativa, ma – più a monte – perché si è al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 267 TFUE, il quale indica tra i presupposti del rinvio (sia esso facoltativo o obbligatorio) la sussistenza di una vera e propria *questione*. Dunque, ciò che si riconduce all'effetto di fatto della pronuncia interpretativa è in realtà già insito nel sistema del rinvio pregiudiziale.

In secondo luogo, discorrere di efficacia panprocessuale significa circoscrivere gli effetti delle pronunce interpretative alla sola dimensione processuale: efficacia diretta in relazione ai giudici dei futuri processi riguardanti la medesima controversia di merito pendente tra le medesime parti in senso sostanziale, efficacia di fatto

---

<sup>289</sup> Corte di giustizia, sentenza 6 ottobre 1982, causa C-283/81, *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA contro Ministero della sanità*. Su tale sentenza, e sulla sua incidenza sui margini di obbligatorietà del rinvio pregiudiziale, v. le considerazioni successive nel testo e nelle note.

<sup>290</sup> D'ALESSANDRO E., *op. ult. cit.*, p. 292.

con valenza *erga omnes* in relazione ai giudici di ultima istanza, che «beneficeranno» del venir meno della *questione interpretativa* e, dunque, dell'obbligatorietà del rinvio. Ciò equivale a negare l'idoneità delle pronunce interpretative a produrre effetti *lato sensu* vincolanti o di direttiva qualora il principio ivi affermato sia rivolto soprattutto alle pubbliche amministrazioni<sup>291</sup>.

---

<sup>291</sup> Si pensi, ad esempio, alle sentenze della Corte di giustizia dedicate al regime dei provvedimenti amministrativi incompatibili con il diritto dell'Unione ma la cui validità sia accertata con sentenza passata in giudicato. Cfr. in particolare, Corte di giustizia, sentenza 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, in *Racc.*, 837, e in *Urb. e app.*, 2004, p. 1151, con nota di CARANTA R., *Effettiva applicazione del diritto comunitario e certezza del diritto*. In tale pronuncia si stabilisce che il principio di leale cooperazione pone a carico della pubblica amministrazione un *obbligo* di riesame del provvedimento amministrativo, purché ricorrano le seguenti condizioni: a) che l'organo amministrativo disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare sulla decisione definitiva; b) che la sentenza sia divenuta definitiva in seguito alla decisione di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; c) che tale sentenza, alla luce della giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su una errata interpretazione del diritto dell'Unione adottata senza che la Corte fosse stata adita in via pregiudiziale; d) infine, che l'interessato si sia rivolto all'amministrazione immediatamente dopo essere stato informato del mutamento della predetta giurisprudenza (cfr. capitolo 1, par. 1.9.1). La sentenza ricollega l'obbligo di riesame della decisione amministrativa al principio di leale cooperazione *ex art. 4, par. 3, TUE*, il quale dovrebbe costituire la «base legale» del menzionato dovere; tuttavia, lo scopo dell'esercizio del dovere di autotutela sarebbe pur sempre quello di tener conto di una «interpretazione della disposizione [dell'Unione] pertinente nel frattempo accolta dalla Corte» (punto 28 e dispositivo). Dunque, è immanente alla dottrina della Corte di giustizia l'idea che le pronunce interpretative siano idonee a produrre efficacia vincolante (o di orientamento) anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni. Sul punto, TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 325. In relazione all'obbligo delle pubbliche amministrazioni di conformarsi al precedente interpretativo della Corte di giustizia, *rectius* di revocare o annullare l'atto amministrativo posto in essere in base ad una interpretazione di una disposizione di diritto dell'Unione rivelatasi errata a seguito della pronuncia della Corte lussemburghese, una diversa chiave di lettura è stata offerta da D'ALESSANDRO E., *Il procedimento pregiudiziale interpretativo*, cit., p. 365 ss., spec. pp. 367 e 368. Secondo l'A., si verterebbe in presenza di un vincolo che trova la propria fonte in una norma giuridica, vale a dire l'art. 4, par. 3, TUE, e altresì «alla presenza di un vincolo di cui la sentenza interpretativa costituisce solo fatto costitutivo e non fonte». In particolare, l'obbligo di leale cooperazione sancito dalla menzionata disposizione «impone all'amministrazione di osservare la giurisprudenza comunitaria e la rende conseguentemente «tenuta» a caducare il provvedimento amministrativo che ne sia contrario (anche in via di autotutela) ove il locale diritto nazionale lo consenta».

Infine, non persuade il presupposto da cui muove la ricostruzione degli effetti di fatto delle pronunce interpretative, il quale sembra porre sullo stesso piano l'autorità del precedente e la dottrina dell'atto chiaro. Invero, se si afferma che l'effetto *erga omnes* della pronuncia interpretativa della Corte di giustizia consiste nella trasformazione dell'obbligo di rinvio gravante sul giudice di ultima istanza in mera facoltà, si rischia di ricollegare al «precedente» comunitario un effetto che sembra essere più correttamente riconducibile alla dottrina dell'atto chiaro.

In proposito non è superfluo ricordare che la *théorie de l'acte claire* compare per la prima volta nella sentenza *Cilfit*<sup>292</sup> ed è tenuta formalmente distinta dall'autorità del precedente, la quale aveva trovato consacrazione ben venti anni prima, con la pronuncia *Da Costa*<sup>293</sup>.

La «rimodulazione» dell'obbligo di rinvio pregiudiziale deriva, *in primo luogo*, dall'esistenza di un precedente comunitario che risolve «il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità fra le materie del contendere»<sup>294</sup> e, *in secondo luogo*, dall'assenza di dubbi ragionevoli sulla questione<sup>295</sup>. Vi è, inoltre, una non trascurabile

---

<sup>292</sup> Corte di giustizia, sentenza 6 ottobre 1982, causa C-283/81, *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA contro Ministero della sanità*.

<sup>293</sup> Corte di giustizia, sentenza 27 marzo 1963, cause riunite C-28/62 a C-30/62, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV contro Amministrazione olandese delle imposte*. Con tale sentenza la Corte lussemburghese ha prospettato il venir meno dell'obbligo del rinvio, laddove surrogabile mediante l'applicazione di una pronuncia della stessa Corte di giustizia sulla medesima questione. Si afferma, invero, che «l'autorità dell'interpretazione data dalla Corte ai sensi dell'articolo 177», può far venir meno la causa dell'obbligo di proporre rinvio pregiudiziale, laddove «la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale» (cfr. p. 11).

<sup>294</sup> Corte di giustizia, sentenza *Cilfit*, cit., punto 14.

<sup>295</sup> Appare utile riprodurre il dispositivo della pronuncia *Cilfit*, dove la Corte ebbe ad affermare che «una giurisdizione le cui decisioni non sono impugnabili secondo l'ordinamento interno è tenuta, qualora una questione di diritto comunitario si ponga dinanzi ad essa, ad adempiere il suo obbligo di rinvio, salvo che non abbia constatato che la questione non è pertinente, o che la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte, ovvero che la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi». Schematicamente, l'obbligo del rinvio pregiudiziale incontra dei limiti nelle seguenti ipotesi: *a)* quando la questione non è pertinente; *b)* quando la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale (sentenza *Da Costa*); *c)* quando la soluzione della questione sia

differenza in relazione ai margini di operatività dei due elementi: la teoria dell'atto chiaro può operare solo in presenza delle rigide condizioni elaborate dalla pronuncia *Cilfit*<sup>296</sup>, condizioni che invece

---

ricavabile da una giurisprudenza costante della Corte che, indipendentemente dalla natura dei procedimenti da cui sia stata prodotta, risolva il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità fra le materie del contendere (sentenza *Cilfit*); *d*) quando la corretta applicazione del diritto comunitario si imponga con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata (sentenza *Cilfit*). Sul punto, GIOVANNETTI T., *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, cit., p. 77. La condizione *d*) rappresenta l'accoglimento esplicito, da parte della Corte di giustizia, della dottrina dell'atto chiaro che, come si evince, è tenuta formalmente distinta dal «precedente comunitario», che è invece invocato nei punti *b*) e *c*).

<sup>296</sup> Nella pronuncia *Cilfit* la Corte di giustizia definisce le condizioni in presenza delle quali può applicarsi la dottrina dell'«atto chiaro», la quale esclude l'obbligo del rinvio pregiudiziale per i giudici di ultima istanza. Si afferma, in particolare, che la corretta applicazione del diritto comunitario deve imporsi «con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata» e che tale eventualità «va valutata in funzione delle caratteristiche del diritto comunitario e delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta». Il giudice nazionale deve, inoltre, escludere eventuali dissonanze tra le diverse versioni linguistiche della medesima disposizione. Infine, la disposizione deve essere valutata nell'insieme del proprio contesto normativo e deve essere interpretata nel rispetto delle sue finalità e dello stadio di evoluzione al momento in cui va data applicazione alla disposizione di cui trattasi (*ivi*, punti 18 a 20). La rigidità di tali condizioni ha indotto una parte della dottrina a ritenere che i margini di attenuazione dell'obbligo fossero nella pratica notevolmente ridotti. Cfr., in particolare, GIOVANNETTI T., *op. ult. cit.*, p. 78; SOCA TORRES I., *La cuestión prejudicial europea. Planteamiento y competencia del Tribunal de Justicia*, cit., p. 105, il quale afferma che «con la imposición de estas obligaciones, prácticamente queda neutralizada la facultad concedida a los órganos internos». Anche nell'ambito della Corte di giustizia non sono mancate critiche alla dottrina *Cilfit*, come si evince dalla lettura delle conclusioni dell'Avvocato generale DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER nella causa C-461/03, *Gaston Schul Douane-expediteur BV contro Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, laddove si auspica un superamento della medesima dottrina. Secondo l'Avv. generale, «la Corte deve assumersi le proprie responsabilità e rettificare la giurisprudenza CILFIT o, quanto meno, temperarne il contenuto, per adattarlo alle esigenze dei tempi, dato che solo un'esegesi meno rigorosa della sentenza risponderrebbe ai requisiti della cooperazione giudiziaria, tenuto conto del fatto che il grado di conoscenza del diritto comunitario dei giudici nazionali è aumentato in misura significativa rispetto al 1983. Dopo ventidue anni, è giunto il momento di rinnovare una giurisprudenza che ha svolto la propria funzione in una precisa fase storica della Comunità, ma risulta superata dall'evoluzione dell'ordinamento giuridico comunitario» (punto 58 delle conclusioni).

non incidono sull'efficacia e sulla operatività della precedente pronuncia ermeneutica della Corte di giustizia<sup>297</sup>.

Proprio in considerazione di tali aspetti – dunque, dei diversi ambiti di applicazione della *théorie de l'acte claire*, da una parte, e del «precedente ermeneutico», dall'altro – altra parte della dottrina ha prospettato una diversa ipotesi ricostruttiva, che attribuisce ai due elementi l'idoneità a produrre effetti tra di loro eterogenei.

Ossia, l'accertamento della teoria dell'atto chiaro fa sì che il giudice sia svincolato dall'obbligo o indifferente alla facoltà di cui all'articolo 267, perché manca una *questione* come tale; laddove, al contrario, il giudice *a quo* dubiti della interpretazione della norma comunitaria, sarà in presenza di una questione riconducibile nello schema dell'articolo 267 TFUE: facoltà o obbligo, in ragione della collocazione del medesimo nella piramide impugnatoria interna.

Dunque, la *théorie de l'acte claire* opera all'interno dell'art. 267 TFUE nella parte in cui descrive i presupposti per il sorgere della facoltà o dell'obbligo del rinvio, ossia la sussistenza di aspetti «ragionevolmente questionabili», *rectius* di una autentica *questione*<sup>298</sup>.

---

<sup>297</sup> Anzi, nella pronuncia *Cilfit* sembra che la Corte di giustizia abbia voluto aumentare i margini di operatività del «precedente comunitario». Invero, nella sentenza *Da Costa* si afferma che «l'autorità dell'interpretazione data dalla Corte ai sensi dell'articolo 177», può far venir meno la causa dell'obbligo di proporre rinvio pregiudiziale, laddove «la questione sollevata sia *materialmente identica* ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa *in via pregiudiziale*» (p. 11, corsivo aggiunto). Dunque, la precedente pronuncia ermeneutica della Corte di giustizia è idonea a trasformare l'obbligo di rinvio in facoltà alla duplice condizione *a)* della identità della questione e *b)* della sua risoluzione nel quadro di un precedente rinvio pregiudiziale. Nella sentenza *Cilfit* si prefigura il venir meno dell'obbligo anche allorché risulti «da una giurisprudenza costante della Corte che, *indipendentemente dalla natura dei procedimenti da cui sia stata prodotta*, risolve il punto di diritto litigioso, *anche in mancanza di una stretta identità fra le materie del contendere*» (punto 14, corsivo aggiunto). Due sono gli aspetti innovativi rispetto alla dottrina *Da Costa*: *a)* l'obbligo di rinvio risulta temperato anche in presenza di cause *non identiche* ma solo *connesse in relazione al punto di diritto litigioso*; *b)* inoltre, la pronuncia della Corte idonea ad esimere dall'obbligo del rinvio può anche non essere una pronuncia pregiudiziale, stante l'affermazione dell'irrelevanza del tipo di procedimento che porta alla formazione dell'orientamento della Corte. Per concludere, nella medesima pronuncia si estendono i margini di invocabilità del «precedente comunitario» e si elabora, per la prima volta, la teoria dell'atto chiaro, la quale però può validamente esonerare il giudice di ultima istanza dall'obbligo del rinvio pregiudiziale solo in seguito alla positiva verifica della sussistenza di tutte le condizioni ivi indicate.

<sup>298</sup> BRIGUGLIO A., *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., pp. 199 e 204. Dunque, secondo la teoria in esame è la dottrina dell'atto chiaro ad impedire la

L'efficacia attribuita al precedente comporta, invece, che il giudice *di qualunque istanza* non possa dubitare la esattezza ermeneutica del precedente medesimo e debba, dunque, applicarlo, salvo che egli ritenga che la questione meriti di essere riesaminata – dunque, in relazione ad una proposta di *overruling* – potendosi in tal caso soprassedere alla applicazione del precedente ed effettuare rinvio pregiudiziale<sup>299</sup>. In altri termini, il giudice nazionale, sia di ultima istanza che di istanza inferiore, si troverebbe dinanzi alla alternativa secca fra la immediata applicazione del precedente comunitario e la nuova rimessione pregiudiziale.

Si tratta della terza teoria elaborata dalla dottrina in relazione alla efficacia delle pronunce esegetiche della Corte di giustizia, quella secondo cui tale effetto consisterebbe nel far sorgere in capo a *tutti* i giudici nazionali – a prescindere, dunque, dalla loro collocazione nella piramide impugnatoria interna – un vero e proprio obbligo di conformazione al precedente interpretativo, superabile solo attraverso una nuova rimessione pregiudiziale volta a provocare un eventuale *revirement*<sup>300</sup>.

---

trasformazione del punto pregiudiziale in questione, non già il precedente comunitario, come invece prospettato dalla teoria *b*), dell'efficacia panprocessuale.

<sup>299</sup> BRIGUGLIO A., *op. ult. cit.*, p. 269.

<sup>300</sup> Tale proposta ricostruttiva è, dunque, molto vicina alla teoria del precedente vincolante tipica dei sistemi di *common law*, anche se non pare che giunga ad attribuire alla pronuncia esegetica della Corte di giustizia la dignità di autonoma e distinta fonte di diritto, in quanto delimita gli effetti extraprocessuali ed *erga omnes* della medesima al piano dell'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale (ossia, dovere di osservanza del precedente e conseguente generalizzazione dell'obbligo del rinvio laddove l'autorità giudiziaria non ritenga di condividere il principio di diritto ivi affermato). Si tratta, dunque, di una opzione difficilmente classificabile nell'ambito delle teorie sul precedente giudiziale. Ed invero, il medesimo Autore sfugge da ogni ipotesi classificatoria, affermando in premessa che le pronunce *Da Costa* e *Cilfit* «definiscono in controtuce, ma con sufficiente univocità e con solido fondamento sistematico, un punto fermo mediano tra la idea di un valore para-normativo, di interpretazione autentica in senso proprio, da assegnarsi alla interpretazione pregiudiziale, e la idea di un valore extraprocessuale solo «persuasivo» non dissimile da quello di qualsiasi sentenza di corte superiore di *civil law*» (BRIGUGLIO A., *op. ult. cit.*, p. 263). La tesi acquista una notevole rilevanza pratica laddove ci si ponga nella prospettiva della responsabilità comunitaria dello Stato membro. Ed invero, seguendo tale prospettiva, potrebbe configurarsi la responsabilità dello Stato membro laddove il giudice nazionale, anche non di ultima istanza, nonostante l'esistenza di un precedente comunitario risolva la questione interpretativa in senso difforme senza effettuare un nuovo rinvio pregiudiziale. Appare evidente, dunque, la notevole differenza esistente tra la teoria *b*), della efficacia panprocessuale, e quella in esame. La prima circoscrive gli effetti di fatto con valenza *erga omnes* della



All'esito di questo rapito *excursus* relativo alle diverse tesi formulate dalla dottrina quanto agli effetti delle sentenze della Corte di giustizia rese all'esito del procedimento pregiudiziale di interpretazione, occorre prendere atto che la teoria dell'*autorité de la chose interprétée* sembra essere quella dominante nell'ambito della giurisprudenza della Corte lussemburghese.

Ed invero, secondo consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia le sentenze interpretative chiariscono e precisano, se necessario, il significato e la portata della norma dell'Unione europea come deve o avrebbe dovuto essere interpretata ed applicata sin dalla sua entrata in vigore<sup>301</sup>.

Dunque, la sentenza interpretativa integra il contenuto dell'atto interpretato e acquista la medesima natura giuridica ed efficacia vincolante di quest'ultimo. Ossia, produce una efficacia sostanziale *erga omnes* non già in quanto provvedimento giurisdizionale a

---

pronuncia pregiudiziale al piano della sussistenza o meno di un dubbio ermeneutico idoneo a far sorgere l'obbligo del rinvio pregiudiziale, ma si resta pur sempre nell'ambito dello schema dell'art. 267 TFUE, sicché i menzionati effetti di fatto sono fisiologicamente rivolti ai soli giudici di ultima istanza. La seconda, invece, partendo dalla ontologica differenza effettuale tra la teoria dell'atto chiaro e il precedente comunitario, attribuisce a quest'ultimo l'idoneità a far sorgere un generalizzato dovere di conformazione in capo a tutti organi giurisdizionali interni, superabile solo attraverso una nuova rimessione pregiudiziale.

<sup>301</sup> Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 17 febbraio 2005, cause riunite C-453/02 e C-462/02, *Finanzamt Gladbeck contro Edith Linneweber (C-453/02) e Finanzamt Herne-West contro Savvas Akritidis (C-462/02)*. In tale pronuncia si afferma, al punto 41, «l'interpretazione che la Corte fornisce di una norma di diritto comunitario, nell'esercizio della competenza attribuitale dall'art. 234 CE, chiarisce e precisa il significato e la portata della norma stessa come deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore. Ne deriva che la norma così interpretata può e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e sviluppatisi prima della sentenza che statuisce sulla domanda d'interpretazione, sempreché, d'altro canto, sussistano i presupposti per sottoporre al giudice competente una lite relativa all'applicazione di detta norma». In questi termini anche Corte di giustizia, sentenza 3 ottobre 2002, causa C-347/00, *Ángel Barreira Pérez contro Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, punto 44; sentenza 4 maggio 1999, causa C-262/96, *Sema Süriül contro Bundesanstalt für Arbeit*, punto 107; sentenza 11 agosto 1995, cause riunite C-367/93 a C-377/93, *F.G. Roders BV e altri contro Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, punto 42; sentenza 13 febbraio 1993, cause riunite C-197/94 e C-252/94, *Société Bautiaa contro Directeur des services fiscaux des Landes*, punto 47; sentenza 10 luglio 1980, causa C-826/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro Sas Mediterranea importazione, rappresentanze, esportazione, commercio (MIRECO)*, punto 7.

carattere generale, ma piuttosto in quanto atto integrativo di una disposizione di diritto dell'Unione.

L'accoglimento della tesi dell'*autorité de la chose interprétée* rispetto alle teorie *b)* e *c)* – le quali attribuiscono alle pronunce esegetiche la valenza di atto giurisdizionale e non già normativo – produce conseguenze di non poco momento.

Anzitutto, giustifica sotto il profilo teorico l'efficacia diretta delle pronunce della Corte di giustizia per tutte le autorità giurisdizionali nonché per le pubbliche amministrazioni<sup>302</sup>. Aspetto, questo, di notevole rilevanza laddove si consideri che la gran parte delle pronunce interpretative recepiscono principi fisiologicamente rivolti a tutti gli operatori giuridici degli Stati membri.

Inoltre, è coerente con la prospettiva *lato sensu* sanzionatoria conseguente alla inosservanza delle precedenti pronunce esegetiche della Corte di giustizia che si profila (sia pure con cautela) nella medesima giurisprudenza comunitaria<sup>303</sup>. Invero, nella giurisprudenza della Corte di giustizia l'ignoranza manifesta della giurisprudenza in materia è tenuta formalmente distinta dalla violazione dell'obbligo del rinvio pregiudiziale: il primo è *elemento che sorregge la presunzione* circa la sussistenza di una violazione manifesta del diritto dell'Unione, rilevante nella prospettiva della responsabilità risarcitoria dello Stato membro; il secondo è solo uno dei possibili *elementi sintomatici* della manifesta violazione<sup>304</sup>. Questa prospettiva è difficilmente conciliabile

---

<sup>302</sup> Come riconosciuto già da tempo dalla Corte costituzionale italiana, tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alla legge – dunque, tanto gli organi giurisdizionali quanto gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme comunitarie nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia (Corte costituzionale, sentenza 11 luglio 1989, n. 389, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1076).

<sup>303</sup> Nella giurisprudenza comunitaria la violazione del precedente pregiudiziale (*rectius*, l'ignoranza manifesta della giurisprudenza della Corte in materia) costituisce un elemento che sorregge la presunzione circa la sussistenza di una violazione manifesta del diritto dell'Unione, a sua volta rilevante nella prospettiva della responsabilità risarcitoria dello Stato membro. Cfr. sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, punto 56, dove si afferma che «una violazione del diritto comunitario è sufficientemente caratterizzata allorché la decisione di cui trattasi è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in questa materia». In questi termini anche sentenza 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, punto 57.

<sup>304</sup> Ed invero, nella citata sentenza *Köbler* si afferma che al fine di determinare la sussistenza della «violazione manifesta» del diritto dell'Unione, rilevante nella prospettiva della responsabilità risarcitoria dello Stato membro, occorre valutare una serie di elementi, tra i quali compaiono «il grado di chiarezza e di precisione della

con le tesi *b)* e *c)*, dove l'efficacia generalizzata delle pronunce interpretative si muove tutta sul piano dell'obbligatorietà o meno del rinvio pregiudiziale<sup>305</sup>, sicché l'inosservanza del precedente interpretativo non potrebbe *di per sé* essere rilevante.

Infine, la teoria dell'*autorité de la chose interprétée* consente l'applicazione del *dictum* interpretativo anche ai rapporti sorti prima della pronuncia<sup>306</sup>, a meno che non si tratti di situazioni istantanee già

---

norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o l'inescusabilità dell'errore di diritto, la posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria nonché *la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale*» (punto 55, corsivo aggiunto), per poi precisare che «*[i]n ogni caso, una violazione del diritto comunitario è sufficientemente caratterizzata allorché la decisione di cui trattasi è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in questa materia*» (punto 56, corsivo aggiunto). Dunque, dalla pronuncia sembra potersi ricavare che la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale è *elemento sintomatico* della manifesta violazione, laddove – come già evidenziato – l'ignoranza manifesta della giurisprudenza della Corte in materia è elemento che consente di *presumere* la sussistenza di una violazione manifesta. Per una più approfondita disamina di questi profili si rinvia al capitolo 1, spec. paragrafo 1.7.

<sup>305</sup> Sia pure con le dovute differenze tra le due tesi. Ed invero, la tesi *b)*, della efficacia panprocessuale, circoscrive gli effetti con valenza *erga omnes* delle pronunce interpretative, nella forma degli effetti di fatto, all'impedimento della trasformazione del *punto* in *questione* pregiudiziale, con la conseguenza che risultano ridimensionate le ipotesi di obbligatorietà del rinvio pregiudiziale *ex art. 267, co. 3, TFUE*. La tesi *c)*, al contrario, generalizza la vincolatività del precedente comunitario, superabile solo a seguito di un nuovo rinvio pregiudiziale volto a provocare un *overruling*. Sicché, mentre la tesi *b)* attribuisce al precedente comunitario l'effetto (pratico) di ridimensionare delle ipotesi di obbligatorietà del rinvio, la tesi *c)*, all'opposto, finisce per ampliare le ipotesi in cui il rinvio pregiudiziale è obbligatorio, perché la rimessione pregiudiziale si imporrebbe anche al giudice non di ultima istanza che non condivide l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia. Ad ogni modo, l'applicazione dell'una o dell'altra tesi implica che gli strumenti «sanzionatori» dovrebbero poter trovare spazio solo nei casi di violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, mentre l'inosservanza del precedente interpretativo non potrebbe essere *di per sé* rilevante.

<sup>306</sup> Corte di giustizia, sentenza 11 agosto 1995, cause riunite C-367/93 a C-377/93, *F.G. Roders BV e altri contro Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, punto 42, dove si afferma «l'interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla Corte nell'esercizio della competenza ad essa attribuita dall'art. 177 del Trattato chiarisce e precisa, quando ve ne sia bisogno, il significato e la portata della norma, quale deve, o avrebbe dovuto, essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore. Ne risulta che la norma così interpretata può e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa, se, per il resto, sono soddisfatte le condizioni che consentono di portare alla cognizione dei giudici competenti una controversia relativa

coperte dal giudicato, perché in tal caso la menzionata situazione sostanziale troverà la sua disciplina nella *lex specialis* rappresentata dal giudicato e non già nella norma generale e astratta oggetto di interpretazione; al contrario, l'accoglimento delle tesi della natura giurisdizionale della pronuncia implica la necessaria valenza solo *pro futuro* del pronunce interpretative<sup>307</sup>.

---

all'applicazione di detta norma». Il principio è affermato per la prima volta nella sentenza 27 marzo 1980, causa C-61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro Denkavit italiana Srl*, punto 16, ed è ribadito (tra le altre) nelle successive sentenze 15 settembre 1998, causa C-231/96, *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) contro Ministero delle Finanze*, punto 15 e 13 febbraio 1996, cause riunite C-197/94 e C-252/94, *Bautiaa e Société française maritime*, punto 47. Dunque, in linea di principio le sentenze interpretative della Corte di giustizia hanno efficacia retroattiva; tuttavia tale principio può subire alcune eccezioni. Invero, sebbene non esista una norma che attribuisca alla Corte di giustizia il potere di delimitare gli effetti temporali delle sentenze interpretative (norma contemplata, invece, in relazione alle sentenze di annullamento degli atti comunitari ex art. 264 TFUE), una costante giurisprudenza, fondata sul principio di certezza del diritto, ammette che, in via eccezionale, la Corte possa limitare la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione dell'Unione oggetto di una sentenza interpretativa onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede (Corte di giustizia, sentenza 27 marzo 1980, causa C-61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro Denkavit italiana Srl*, punto 17). Tale limitazione è possibile solo ove ricorrano le seguenti condizioni: a) deve sussistere il rischio di gravi ripercussioni economiche dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa nazionale ritenuta validamente vigente; b) deve risultare che i singoli e le autorità nazionali siano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa dell'Unione in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni dell'Unione (MARIANI P., *Gli effetti nel tempo delle sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia: interesse generale e tutela dei singoli*, in *Dir. Un. eur.*, 2007, p. 633 ss., spec. p. 638). Inoltre, il carattere eccezionale della violazione comporta che la stessa possa essere ammessa solo se contemplata espressamente nella sentenza che statuisce sull'interpretazione richiesta e solo per lo Stato membro a cui viene accordata. Per la giurisprudenza, Corte di giustizia, sentenza 24 settembre 1998, causa C-35/97, *Commissione contro Repubblica francese*, punto 49; sentenza 16 giugno 1992, causa C-163/09, *Administration des douanes et droits indirects contro Léopold Legros e altri*, punto 30, dove si afferma, altresì, che per stabilire se vi sia la possibilità di limitare la portata temporale della pronuncia interpretativa «è necessario tener conto del fatto che, benché le conseguenze pratiche di qualsiasi pronuncia del giudice vadano vagliate accuratamente, non si può tuttavia spingersi fino a diminuire l'obiettività del diritto e compromettere la sua applicazione futura a motivo delle ripercussioni che la pronuncia può avere per il passato».

<sup>307</sup> Secondo D'ALESSANDRO E., *op. ult. cit.*, p. 377, la giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui il *dictum* interpretativo può e deve essere applicato anche ai rapporti sorti prima della pronuncia medesima può trovare applicazione anche

Per concludere e richiamare le considerazioni svolte in apertura del presente paragrafo, occorre aggiungere che la teoria dell'*autorité de la chose interprétée* sembra riconnettere un ulteriore tassello alla peculiare variante della nomofilachia riscontrabile in relazione alla Corte di giustizia. Ed invero, tale teoria – oltre a valorizzare il coefficiente di normatività insito in ogni pronuncia della Corte lussemburghese – ha l'effetto di sganciare l'efficacia della pronuncia ermeneutica alla singola controversia. Risulta confermata, dunque, l'ipotesi di partenza, ossia che la funzione demandata alla Corte di giustizia è orientata a proporre formulazioni generali del significato della norma sottoposta al giudizio, mentre il singolo caso è declinato a mera occasione di attuazione della garanzia oggettiva.

### **2.3 Il giudice nazionale nella architettura giurisdizionale dell'Unione: considerazioni introduttive.**

Dopo aver analizzato la posizione della Corte di giustizia, si può riprendere l'esame dell'art. 19, par. 1, TUE, al fine di focalizzare l'attenzione sull'altro pilastro del quadro giurisdizionale dell'Unione, rappresentato dagli organi giurisdizionali interni.

Si è detto che la menzionata disposizione, al comma 2, contiene un riferimento esplicito agli Stati membri, stabilendo che è compito di questi ultimi predisporre «i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione». Benché gli Stati membri risultino formalmente i destinatari di tale previsione, il successivo riferimento ai «rimedi

---

nell'ottica della tesi dell'efficacia panprocessuale, se bene con riferimento alla loro efficacia di fatto. L'A. ipotizza, invero, che «mediante questa giurisprudenza la Corte di giustizia abbia inteso chiarire che l'efficacia «di fatto» prodotta da una precedente sentenza interpretativa serve ad esonerare il giudice nazionale dall'obbligo di rinvio pregiudiziale anche se la «questione interpretativa analoga» a quella fatta oggetto di precedente statuizione si ponga nell'ambito di un giudizio nazionale instaurato dopo la sua emanazione ed anche se tale quesito si riferisca a situazioni sostanziali di matrice europea sorte prima della pronuncia del *dictum*». Precisazione, questa, «opportuna» perché «si consente alla Corte di giustizia di svolgere la propria funzione di nomofilachia realizzando, al contempo, obiettivi di economia processuale e di eguaglianza». Dunque, si riconosce la potenziale applicabilità della pronuncia esegetica alle situazioni sostanziali sorte prima della medesima sia pure in relazione al solo profilo dell'esonero dall'obbligo del rinvio pregiudiziale, che costituisce, secondo tale tesi, l'unico effetto con valenza *erga omnes* (effetto di fatto) riconosciuto alle pronunce interpretative della Corte di giustizia.

giurisdizionali» e alla «tutela giurisdizionale» consente di affermare con una certa sicurezza che il legislatore europeo si riferisca soprattutto alla funzione giurisdizionale decentrata svolta dagli organi giurisdizionali nazionali e che, dunque, siano questi ultimi i reati destinatari della norma<sup>308</sup>.

---

<sup>308</sup> In particolare, sembra che la disposizione recepisca l'orientamento consolidato in materia di effettività della tutela giurisdizionale e di autonomia processuale degli Stati membri. In proposito è sufficiente ricordare alcune delle più importanti sentenze che sembrano ispirare il principio enunciato nell'art. 19, par. 1, comma 2, TUE. La prima è la sentenza 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Marguerite Johnston*, la quale radica il principio secondo cui gli organi giurisdizionali degli Stati membri hanno il compito di garantire una protezione diretta, immediata e, soprattutto, effettiva delle posizioni giuridiche di vantaggio attribuite ai singoli dall'ordinamento dell'Unione. Sullo stesso filone anche le successive sentenze 15 ottobre 1987, causa C-222/86, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) contro Georges Heylens e altri*, e 19 giugno 1990, causa C-213/89, *The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*. Il principio della effettività della tutela giurisdizionale veniva in quegli anni ricavato dalle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» e dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (sentenza *Johnston*, cit., punto 18) e che oggi trova un riconoscimento positivo nell'articolo 19, par. 1, comma 2, TFUE nonché nell'articolo 47 della Carta di Nizza. Questo orientamento ha ricevuto un importante momento di conferma con la sentenza 25 luglio 2002, causa C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores contro Consiglio dell'Unione europea*, laddove, nel ribadire la carenza di legittimazione dei singoli a proporre un ricorso di annullamento avverso gli atti dell'Unione di portata generale (*ex art. 263 TFUE*), viene posto a carico del giudice nazionale l'obbligo di interpretare e applicare le norme processuali nazionali in maniera da consentire alle persone fisiche e giuridiche di contestare in sede giudiziale la legittimità di ogni decisione o di qualsiasi altro provvedimento nazionale relativo all'applicazione nei loro confronti di tale atto comunitario, al fine di rinviare alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale di validità (*ivi*, punto 42). In tale sentenza la Corte di giustizia si occupa dei margini di tutela giurisdizionale dei singoli che, impossibilitati a proporre ricorso di annullamento avverso gli atti di portata generale, stante gli stringenti presupposti previsti dall'articolo 263 TFUE (già 230 TCE), non dispongano di altri mezzi di tutela nell'ambito dell'ordinamento interno perché, ad esempio, manchino misure di esecuzione suscettibili di impugnazione. Tali margini sono ritagliati non attraverso il riconoscimento della legittimazione a proporre ricorso di annullamento, bensì forzando i rimedi previsti dal diritto nazionale al fine di veicolare innanzi alla Corte di giustizia la questione di legittimità attraverso il rinvio pregiudiziale di validità. La sentenza va letta in combinato con la pronuncia *Foto-Frost*, già citata, dalle quali si ricava che dinnanzi ad un atto di diritto dell'Unione di portata generale che non può formare oggetto di un ricorso di annullamento da parte dei singoli lesi dal medesimo, stante la sua natura normativa, gli obblighi gravanti sul giudice nazionale sono dupli: a) da una parte, quello di investire la Corte di giustizia della questione

L'analisi successiva verrà condotta attraverso due distinti piani di indagine: da una parte, l'influenza del diritto dell'Unione lo *status* degli organi giurisdizionali interni, dunque i profili attinenti al «potere giudiziario»; dall'altra, le attribuzioni funzionali dei medesimi organi nella prospettiva eurounitaria, dunque i profili attinenti alla «funzione giurisdizionale»<sup>309</sup>.

In via di prima approssimazione si può dire che i profili attinenti al potere giudiziario sono legati alla rilevanza che lo *status* dei giudici interni ha acquisito negli ultimi anni nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia e della «politica di intervento» della Commissione europea. Ciò in ragione della acquisita consapevolezza della importanza dell'indipendenza degli organi giurisdizionali interni per l'effettivo funzionamento del meccanismo del rinvio pregiudiziale e per la tenuta complessiva dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Diversamente, i profili attinenti alle funzioni degli organi giurisdizionali interni si riferiscono alle rinnovate attribuzioni dei medesimi nell'insegnamento della Corte di giustizia, dove alla garanzia di effettività della tutela giurisdizionale viene ad aggiungersi

---

di validità a prescindere dalla sua collocazione nella piramide impugnatoria interna, laddove il giudice ritenga fondate le censure di invalidità (*Foto-Frost*); b) dall'altra, e in via preliminare, quella di interpretare le norme processuali nazionali in modo da consentire al singolo, anche in assenza di misure di attuazione interne, di contestare la legittimità dell'atto medesimo, in via principale o incidentale (*Unión de Pequeños Agricultores*).

<sup>309</sup> La distinzione tra i due concetti è particolarmente significativa dal punto di vista dell'ordinamento giuridico interno. Ad esempio, la nozione di *potere giudiziario* è chiaramente presupposta dall'art. 104, comma 1, della Costituzione, onde distinguerla dalla nozione di *funzione giurisdizionale* richiamata esplicitamente dall'art. 102, comma 1 (sul punto, PIZZORUSSO A., *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, 1990, spec. p. 6). Per *potere giudiziario* si intende il complesso degli organi dello Stato che sono istituiti in via esclusiva in vista dell'esercizio di funzioni giurisdizionali. L'inquadramento di tale nozione implica la disamina di alcuni aspetti, quali: gli strumenti previsti a garanzia dell'indipendenza del singolo magistrato, nonché del potere giudiziario complessivamente considerato rispetto agli altri poteri dello Stato; la disciplina, i poteri e la composizione dell'organo di autogoverno; le linee essenziali in materia di ordinamento giudiziario. Diversamente, la nozione di *funzione giurisdizionale* comprende «il complesso delle attività di applicazione della legge che sono esercitate da soggetti agenti in posizione di «terzietà» rispetto a due o più parti, scelti in virtù di speciali requisiti che li rendono particolarmente idonei all'esercizio di queste funzioni ed operanti nel rispetto delle norme procedurali previste in relazione ai diversi tipi di processo» (PIZZORUSSO A., *op. ult. cit.*, p. 7).

la garanzia di tenuta dell'ordinamento dell'Unione complessivamente inteso.

#### **2.4 La *posizione* del giudice nazionale nel quadro giurisdizionale dell'Unione e l'ampliamento delle garanzie di indipendenza del medesimo per effetto della giurisprudenza della Corte di giustizia.**

Partendo dal primo profilo, quello relativo al *potere giudiziario*, il punto di partenza è ancora una volta rappresentato dall'art. 19, par. 1, TUE. Invero, attraverso l'inclusione di un riferimento alla funzione giurisdizionale decentrata nell'ambito di una disposizione di carattere generale dedicata alle istituzioni dell'Unione, gli organi giurisdizionali nazionali risultano *direttamente* ricondotti nell'ambito della architettura giudiziaria dell'Unione. Inclusione, questa, che fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona poteva dedursi solo *indirettamente* dalla disposizione sul rinvio pregiudiziale, la quale facoltizza o obbliga il giudice nazionale – in ragione della sua collocazione nell'*iter* impugnatorio interno – al dialogo con la Corte di giustizia.

Si tratta di un profilo di notevole rilevanza, in quanto l'art. 19, par. 1, TUE può rappresentare una sufficiente base giuridica per un sindacato diretto della Corte di giustizia sullo *status* dei giudici interni<sup>310</sup>, benché l'organizzazione della giustizia e la disciplina dell'ordinamento giudiziario siano da considerarsi di competenza esclusiva degli Stati membri.

Questo profilo trova conferma nella giurisprudenza della Corte lussemburghese sviluppata negli ultimi anni, laddove – attraverso l'estensione della portata applicativa e dispositiva della menzionata disposizione – la Corte di giustizia ha rivendicato ed esercitato significativi poteri di controllo sullo *status* dei giudici nazionali, affermando il connesso principio della responsabilità comunitaria degli Stati membri che non garantiscono adeguati *standards* di indipendenza dei loro organi giurisdizionali.

---

<sup>310</sup> BORRAJO INIESTA I., *El Estado de Derecho en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión*, in LIÑÁN NOGUERAS D. J.- MARTÍN RODRÍGUEZ P. J., *Estado de Derecho y Unión europea*, Madrid, 2018, p. 263 ss., spec. p. 282.



L'indicato percorso giurisprudenziale è stato inaugurato con la sentenza *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*<sup>311</sup>, dove veniva chiesto alla Corte di verificare se l'art. 19, par. 1, co. secondo, TUE ostasse all'applicazione, ai membri del potere giudiziario di uno Stato membro, di misure generali di riduzione salariale. La pronuncia costituisce l'occasione per affermare che l'art. 19 TUE impone agli Stati membri di assicurare che gli organi rientranti nel sistema di rimedi giurisdizionali nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione soddisfino i requisiti di indipendenza e di imparzialità.

Diversi sono i profili della sentenza rilevanti per il loro carattere innovativo.

Anzitutto, la Corte ricollega il principio di indipendenza ad esigenze di natura sistematiche, consistenti nel salvaguardare il sistema giurisdizionale dell'Unione e il suo essenziale e qualificante elemento, rappresentato dal rinvio pregiudiziale<sup>312</sup>. Si afferma, invero, che il requisito di indipendenza non solo è connaturale alla effettività della tutela giurisdizionale, ma è altresì indispensabile per il buon funzionamento del rinvio pregiudiziale, potendo il medesimo essere attivato solo da un organo, incaricato di applicare il diritto dell'Unione, che soddisfi tale criterio<sup>313</sup>.

In secondo luogo, la Corte svincola la portata applicativa dell'art. 19, par. 1, TUE ai limiti posti dall'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali, interpretando in senso ampio la dicitura «nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione»<sup>314</sup>.

---

<sup>311</sup> Corte di giustizia, sentenza 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses contro Tribunal de Contas*. Si colloca sulla scia di tale pronuncia anche la sentenza 7 febbraio 2019, causa C-49/18, *Carlos Escribano Vindel*, la quale riproduce, negli snodi motivazionali (spec. punti 62 ss.), il ragionamento svolto dalla Corte di giustizia nella pronuncia del 2018.

<sup>312</sup> In questa prospettiva, torna alla mente la sentenza del 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, p. 1042, con nota di MUSCARDINI M., *Potere cautelare del Giudici nazionali in materie disciplinate dal diritto comunitario*; in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 255, con nota di CONSOLO C., *L'ordinamento comunitario quale fondamento per la tutela cautelare del giudice nazionale (in via di disapplicazione di norme legislative interne)*, la quale – per la prima volta – riconnette i rimedi processuali interni ad esigenze di carattere sistematiche, consistenti nell'assicurare l'effettività del meccanismo pregiudiziale.

<sup>313</sup> Corte di giustizia, sentenza *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, cit., punto 43.

<sup>314</sup> In relazione a tale profilo appare utile richiamare le conclusioni dell'Avvocato generale HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE alla causa C-64/14, presentate il 18 maggio 2017, punti 63 ss., dove veniva rilevato che l'articolo 19, paragrafo 1, comma 2, costituisce una norma attributiva di competenze – in

Infine, apre la strada alla responsabilità comunitaria degli Stati membri per violazione dell'art. 19 TUE laddove non siano rispettati adeguati *standards* di indipendenza degli organi giurisdizionali interni, sebbene la lettera della disposizione non faccia alcun riferimento esplicito a tale principio. Risultato, quest'ultimo, conseguito attraverso il richiamo all'art. 47 della Carta, il quale – pur essendo sottoposto ai ristretti limiti posti dall'art. 51 quanto all'ambito di applicazione – diviene il parametro per l'integrazione esegetica dell'art. 19 TUE<sup>315</sup>.

Ne risultano, dunque, estesi sia l'ambito di applicazione che il contenuto sostanziale della disposizione<sup>316</sup>.

L'interpretazione innovativa dell'art. 19 TUE consente alla Corte di giustizia di esercitare un sindacato diretto in ordine alla compatibilità, con il diritto dell'Unione, di *qualunque* misura nazionale suscettibile di incidere sull'indipendenza dei giudici nazionali, senza che costituisca un ostacolo la circostanza che tali

---

attuazione del principio di autonomia processuale – avente carattere soprattutto procedurale, sicché non poteva essere sovrapposto con il diritto ad essere giudicati da magistrati indipendenti, il quale troverebbe nell'articolo 47 della Carta il suo esclusivo fondamento. Di contro, il giudice del rinvio e la ASJP sostenevano che l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE fosse espressione di un principio generale del diritto dell'Unione, volto a sancire l'indipendenza degli organi giurisdizionali interni, in base al rilievo che i medesimi fungono da giudici dell'Unione sotto il profilo funzionale, dal momento che essi assicurano, in prima linea, la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti risultanti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, segnatamente in forza di tale disposizione. La Corte di giustizia aderisce a tale ultima opzione e chiarisce che l'articolo 19 TUE «riguarda «i settori disciplinati dal diritto dell'Unione», indipendentemente dalla situazione in cui gli Stati membri attuano tale diritto, ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta» (spec. punto 29).

<sup>315</sup> ARANCI M., *La procedura d'infrazione come strumento di tutela dei valori fondamentali dell'Unione europea. Note a margine della sentenza della Corte di giustizia nella causa Commissione/Polonia*, in *Rivista Eurojus*, 2019, p. 49 ss., spec. p. 57. Nella sentenza si afferma, invero, che il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti di derivazione comunitaria, cui fa riferimento l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, costituisce un principio generale di diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che è positivamente riconosciuto all'articolo 47 della Carta (*ivi*, punto 35).

<sup>316</sup> Sul profilo dell'estensione dell'ambito di applicazione e del contenuto sostanziale dell'art. 19 TUE si rinvia alle osservazioni di BONELLI M., *Il lato positivo: Commissione c. Polonia e l'inizio di una nuova fase per la tutela dello stato di diritto nell'Unione europea*, in *www.sidiblog.org*, 5 luglio 2019.

misure non siano state adottate in attuazione del diritto dell'Unione<sup>317</sup>. Invero, rileva in proposito – determinando il sorgere della competenza della Corte lussemburghese – la sola circostanza che gli organi interessati da tali misure possano essere chiamati ad interpretare e applicare il diritto dell'Unione, perché rientranti nel sistema di rimedi giurisdizionali nei settori coperti da tale ordinamento<sup>318</sup>.

#### 2.4.1 *L'articolo 19 TUE quale strumento di tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea: l'indipendenza della magistratura in Polonia.*

È in questo contesto che si inseriscono le diverse sentenze sulla indipendenza della magistratura in Polonia<sup>319</sup>, laddove la Corte di

---

<sup>317</sup> Giova richiamare, in proposito, le parole di BONELLI M., *Il lato positivo: Commissione c. Polonia e l'inizio di una nuova fase per la tutela dello stato di diritto nell'Unione europea*, cit., secondo cui «la portata dell'art. 19 sembra essere più ampia di qualsiasi altra previsione di diritto dell'Unione, ad eccezione solo degli articoli 2 e 7 TUE che restano indifferenti a qualsiasi distinzione tra situazioni regolate dal diritto UE e non».

<sup>318</sup> Dunque, i profili innovativi della sentenza *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, seguita dalla omologa *Carlos Escribano Vindel*, possono essere così riassunti. La pronuncia: a) ricollega il requisito di indipendenza dei giudici nazionali ad esigenze di carattere sistematiche, consistenti nel salvaguardare l'effettività del meccanismo del rinvio pregiudiziale; b) svincola la portata applicativa dell'art. 19 TUE ai limiti posti dall'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali, interpretando in senso ampio la dicitura «nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione» (*estensione dell'ambito applicativo* dell'art. 19 TUE); c) apre la strada alla responsabilità comunitaria degli Stati membri per violazione dell'art. 19 TUE laddove non siano rispettati adeguati *standards* di indipendenza degli organi giurisdizionali interni, sebbene la lettera della disposizione non faccia alcun riferimento esplicito a tale principio (*estensione della portata precettiva* dell'art. 19 TUE).

<sup>319</sup> In proposito è noto che il governo polacco ha adottato, nell'arco di due anni, diversi provvedimenti legislativi che hanno inciso sull'intero apparato giudiziario in Polonia, le quali riforme, complessivamente considerate, determinano una eccessiva influenza del potere esecutivo e di quello legislativo sulla magistratura. Per tale ragione, sin dal gennaio 2016 la Commissione europea ha avviato un dialogo con il governo polacco, in conformità con il nuovo «quadro per rafforzare lo Stato di diritto», definito dalla medesima Commissione nel 2014 (su cui PALLADINO R., *Il "nuovo quadro" dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto: un "contrappeso" ai limiti di applicazione della Carta ex articolo 51?*, in [www.sidiblog.it](http://www.sidiblog.it)), al fine di risolvere in forma preventiva la «situazione di crisi sistemica» generatasi in Polonia. L'infruttuosità della procedura ha poi provocato l'avvio della procedura pre-sanzionatoria di cui all'art. 7, par. 1, TUE nel dicembre 2017, mediante l'adozione di una proposta di decisione del Consiglio relativa alla «constatazione dell'esistenza

giustizia completa, traducendola in termini pratici, la dottrina tracciata con la sentenza *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*<sup>320</sup>.

---

di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia» (proposta motivata della Commissione del 20 dicembre 2017, COM (2017) 835 final). In dottrina, anche per una dettagliata ricapitolazione della vicenda, BLÁZQUEZ PEINADO M. D., *La UE ante las vulneraciones del Estado de Derecho por parte del Estado polaco: panorámica general y estado actual de la cuestión*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 2019, n. 48; PÉREZ BERNÁNDEZ C., *La Unión Europea frente a la erosión del Estado de Derecho: las respuestas jurídico-políticas al caso polaco*, in *Ibidem*, 2016, n. 40.

<sup>320</sup> Occorre rilevare, in proposito, che la vicenda polacca presenta notevoli profili di complessità, sia per quanto concerne il numero di cause proposte innanzi al giudice dell'Unione, sia per i temi e le riflessioni che suscita. Nell'economia della presente esposizione verrà dato spazio ai soli profili più direttamente legati al tema dell'indagine, vale a dire quelli che incidono sulla politica giudiziaria della Corte di giustizia e sulla posizione del giudice nazionale nel quadro giurisdizionale dell'Unione. Per esigenze di chiarezza, tuttavia, appare utile richiamare le numerose cause promosse innanzi alla Corte di giustizia. Si tratta di due cause promosse nell'ambito di due procedimenti per inadempimento (C-619/18, decisa con la sentenza del 24 giugno 2019; C-192/18, decisa con la sentenza del 5 novembre 2019) e di alcune domande di pronuncia pregiudiziale sottoposte dalla Corte suprema della Polonia (cause riunite C-585/18, C-624/18, C-625/18, decise con la sentenza del 19 novembre 2019; C-522/18, definita con ordinanza di non luogo a statuire del 29 gennaio 2020; C-537/18 e C-668/18, successivamente cancellate dal ruolo con ordinanze rispettivamente del 3 febbraio 2020 e del 3 dicembre 2019, a seguito del ritiro della domanda di pronuncia pregiudiziale), dalla Corte suprema amministrativa della Polonia (C-824/18) e da giudici polacchi di grado inferiore (C-558/18, C-563/18 e C-623/18). A tali cause va aggiunta una nuova procedura di infrazione avviata dalla Commissione nell'aprile 2019 riguardante la riforma della Sezione disciplinare presso la Corte suprema (*Stato di diritto: la Commissione europea adotta nuove misure per proteggere i giudici in Polonia dal controllo politico*, comunicato stampa del 17 luglio 2019, in [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-19-4189\\_it.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-4189_it.htm)), culminata in un parere motivato del 17 luglio 2019, dove si evidenzia che la riforma è suscettibile di compromettere l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici e che, dunque, può dar luogo ad una violazione dell'articolo 19 TUE (Comunicato della Commissione europea del 17 luglio 2019, reperibile al seguente link [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP\\_19\\_4189](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_19_4189)). Nell'ottobre 2019 la Commissione, rilevando che la risposta della Polonia non è sufficiente a dissipare le preoccupazioni in ordine al rischio di compromissione dell'indipendenza della magistratura, ha presentato un ricorso innanzi alla Corte di giustizia chiedendo l'applicazione del rito accelerato (Comunicato della Commissione europea del 10 ottobre 2019, reperibile al seguente link [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip\\_19\\_6033](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_19_6033)). Con ordinanza dell'8 aprile 2020, causa C-791/19 R, la Corte di giustizia ha accolto la domanda di provvedimenti provvisori presentata dalla Commissione, ordinando alla Polonia: a) la sospensione delle disposizioni che costituisce il fondamento della competenza

La prima, per ordine temporale, è la sentenza del 24 giugno 2019<sup>321</sup> riguardante la legge sulla riduzione dell'età pensionabile obbligatoria dei giudici della Corte suprema (*Sąd Najwyższy*).

In sintesi, la partecipazione dei giudici nazionali alla responsabilità di garantire il controllo giurisdizionale dell'ordinamento giuridico dell'Unione<sup>322</sup>, l'ampia portata applicativa e dispositiva dell'art. 19 TUE<sup>323</sup> e la lettura congiunta di tale ultima disposizione con l'art. 2 TUE<sup>324</sup> costituiscono il presupposto del ragionamento della Corte.

---

dell'Izba Dyscyplinarna (Sezione disciplinare) del Sąd Najwyższy (Corte suprema) a statuire, sia in primo grado, sia in grado d'appello, nelle cause disciplinari relative a giudici; b) di astenersi dal rimettere le cause in materia disciplinare a un collegio giudicante non rispondente ai requisiti di indipendenza definiti, in particolare, nella sentenza del 19 novembre 2019, *A.K. e a. (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema)*, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, su cui v. in seguito nel testo e nelle note.

<sup>321</sup> Corte di giustizia, sentenza 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione europea contro Repubblica di Polonia*. Tale sentenza è stata preceduta dalla pronuncia del 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *LM*, dove, chiamata a stabilire se la proposta motivata della Commissione del 20 dicembre 2017 ponesse un problema quanto alla preservazione della fiducia reciproca, fondamento del mandato d'arresto europeo (MAE), la Corte di giustizia ha riconosciuto che spetta all'autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione valutare se vi siano motivi seri e comprovati di ritenere che la consegna del destinatario di un mandato di arresto alle autorità dello Stato emittente esponga il primo a un rischio reale di una violazione del diritto a un processo equo a causa di carenze sistematiche o generalizzate riguardanti l'indipendenza del potere giudiziario dello Stato emittente.

<sup>322</sup> *Ivi*, punto 48.

<sup>323</sup> Si afferma nella sentenza «[q]uanto all'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, occorre peraltro ricordare che tale disposizione riguarda i «settori disciplinati dal diritto dell'Unione», indipendentemente dalla situazione in cui gli Stati membri attuano tale diritto, ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta» (*ivi*, punto 50; in senso analogo, sentenza *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, cit., punto 29). La Corte, replicando alle osservazioni della Polonia, ricorda che nella *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* acquistasse rilievo solo la circostanza che il Tribunal de Contas fosse idoneo a pronunciarsi, in qualità di organo giurisdizionale, su questioni riguardanti l'applicazione o l'interpretazione del diritto dell'Unione, dunque rientranti nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione (cfr., punto 51 della sentenza). In proposito è da ricordare che l'Avv. generale EVGENI TANCHEV, nelle conclusioni scritte presentate l'11 aprile 2019, aveva prospettato la ricevibilità del ricorso soltanto in riferimento all'art. 19 TUE, non anche in relazione all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, in ragione del più limitato ambito di applicazione della Carta, rilievi che avevano poi indotto la Commissione a precisare, in udienza, che la nozione di tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 19, par. 1, co. secondo, TUE deve essere interpretata in considerazione del contenuto dell'art.

Sulla scia di *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, si afferma l'obbligo degli Stati membri di garantire l'indipendenza degli organi facenti parte del sistema di rimedi giurisdizionali nei «settori disciplinati dal diritto dell'Unione»<sup>325</sup>, sicché le riforme che riguardano l'organizzazione della giustizia, sebbene non riconducibili alla competenza dell'Unione, possono essere valutate sulla base dell'art. 19, par. 1, TUE, laddove suscettibili di pregiudicare il rispetto degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione<sup>326</sup>.

Tali rilievi consentono alla Corte di esercitare un sindacato diretto sulla legge di riforma della Corte suprema in Polonia, mettendone in discussione la compatibilità con l'art. 19 TUE<sup>327</sup>.

La pronuncia è rilevante sotto il profilo sistematico perché pronunciata all'esito della prima procedura di infrazione volta all'accertamento della violazione, da parte di uno Stato membro,

---

47 della Carta e, in particolare, delle garanzie inerenti al diritto a un ricorso effettivo sancito da quest'ultima disposizione.

<sup>324</sup> *Ivi*, punto 47, dove si legge «l'articolo 19 TUE, che concretizza il valore dello Stato di diritto affermato all'articolo 2 TUE, affida ai giudici nazionali e alla Corte il compito di garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri nonché la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza di detto diritto».

<sup>325</sup> *Ivi*, punti 54 ss.

<sup>326</sup> *Ivi*, punto 52.

<sup>327</sup> Invero, l'abbassamento dell'età per il pensionamento dei giudici della Corte suprema in carica al momento dell'entrata in vigore della legge è accompagnato dall'instaurazione di un nuovo meccanismo che consente al Presidente della Repubblica di decidere, in modo discrezionale, di prorogare l'esercizio. Di modo che l'introduzione di una simile possibilità, da un lato, «è tale da far dubitare del fatto che la riforma operata miri effettivamente ad armonizzare l'età per il pensionamento di tali giudici a quella applicabile a tutti i lavoratori» (*ivi*, punto 84) e, dall'altra, «è idonea a rafforzare l'impressione che, in realtà, lo scopo perseguito sia quello di fare in modo di rimuovere una parte predeterminata dei giudici del *Sąd Najwyższy* (Corte suprema)» (*ivi*, punto 85). I successivi punti della motivazione individuano, quali ulteriori elementi di incompatibilità, l'assenza di misure transitorie atte a tutelare il legittimo affidamento delle persone interessate (punto 91) e la scelta di prevedere l'abbassamento dell'età di pensionamento in via obbligatoria, in luogo della possibilità, per gli interessati, di rinunciare, su base volontaria, all'esercizio delle loro funzioni al raggiungimento di tale nuova età legale per il pensionamento (punto 95). Inoltre, operando un raffronto con la vicenda che ha dato luogo alla sentenza *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, si afferma che «gli effetti di una siffatta riduzione salariale, limitata e temporanea, non hanno nulla di comparabile a quelli di una misura consistente in un abbassamento dell'età per il pensionamento di giudici in carica, la quale, dal canto suo, ha come conseguenza di porre fine alla carriera giudiziaria degli interessati, in modo anticipato e definitivo» (punto 93).

dell'art. 19 TUE ed è la prima che accerta l'incompatibilità, con la predetta disposizione, di provvedimenti nazionali suscettibili di incidere sull'indipendenza dei giudici interni<sup>328</sup>. Così, la sentenza *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* apre la strada alla responsabilità comunitaria degli Stati membri per violazione dell'art. 19 TUE laddove non siano rispettati i predetti parametri di indipendenza – pur nel silenzio della disposizione quanto al principio di indipendenza – e la sentenza del 24 giugno 2019 riconosce per la prima volta tale responsabilità, confermando l'ampia portata precettiva e applicativa della disposizione.

Speculare alla pronuncia del giugno 2019 è la successiva sentenza del 5 novembre<sup>329</sup>, pronunciata all'esito di una ulteriore procedura di infrazione e avente ad oggetto la legge sui tribunali ordinari, nella parte in cui prevede l'abbassamento dell'età pensionabile obbligatoria da 67 a 60 anni per le donne e da 67 a 65 per gli uomini<sup>330</sup>.

Di pochi giorni più tardi è la sentenza sulla riforma della Sezione disciplinare presso la Corte suprema polacca<sup>331</sup>, dove la Corte è stata chiamata a verificare se gli articoli 2 e 19, par. 1, co. secondo, TUE, 267 TFUE e 47 della Carta ostino ad una legge, quale quella di cui al procedimento principale, suscettibile di provocare una eccessiva influenza del potere legislativo nel procedimento di nomina dei

---

<sup>328</sup> BONELLI M., *Il lato positivo: Commissione c. Polonia e l'inizio di una nuova fase per la tutela dello stato di diritto nell'Unione europea*, cit., il quale evidenzia che la sentenza costituisce una manifestazione del potenziale dell'art. 19 TUE.

<sup>329</sup> Corte di giustizia, sentenza del 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione europea contro Repubblica di Polonia*. La procedura di infrazione poggia sul rilievo che la Repubblica di Polonia fosse venuta meno agli obblighi su di essa incombenti ai sensi, da un lato, dell'articolo 157 TFUE nonché dell'articolo 5, lettera a), e dell'articolo 9, paragrafo 1, lettera f), della direttiva 2006/54, e, dall'altro, del combinato disposto dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE e dell'articolo 47 della Carta.

<sup>330</sup> In tale sentenza la Corte, accogliendo tutti i profili di censura formulati dalla Commissione, ha evidenziato, da un lato, che le disposizioni introducono condizioni direttamente discriminatorie fondate sul sesso, in particolare per quanto riguarda il momento in cui gli interessati possono godere di un accesso effettivo ai benefici previsti dai regimi pensionistici (*ivi*, punti 58 ss.) e, dall'altro, che il potere di cui è investito il Ministro della Giustizia al fine di autorizzare o meno la proroga è idoneo a suscitare legittimi dubbi quanto all'impermeabilità dei giudici interessati ed, pertanto, è idoneo a pregiudicare il principio di inamovibilità (*ivi*, punti 98 ss.).

<sup>331</sup> Corte di giustizia, sentenza del 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A. K. e a. (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema)*.

membri della predetta Sezione<sup>332</sup>. In tale pronuncia la Corte apre la strada alla disapplicazione delle norme nazionali in tema di riparto di competenze, al fine di consentire che le controversie rientranti nei settori coperti dal diritto dell'Unione siano decise da organi che soddisfino i summenzionati requisiti di indipendenza<sup>333</sup>.

L'ultima, sotto il profilo temporale, è la sentenza *Miasto Łowicz*<sup>334</sup>, la quale – pur dichiarando irricevibile le questioni di interpretazione – costituisce l'occasione per ricordare che essenziale all'indipendenza degli organi giurisprudenziali interni vi è la garanzia di non essere

---

<sup>332</sup> Nel dettaglio, la riforma prevede che i giudici della medesima Sezione siano nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Consiglio nazionale della magistratura, la cui composizione, a sua volta, è stata modificata dalla legge dell'8 dicembre 2017, prevedendo che i quindici membri del Consiglio nazionale della magistratura – che, sui venticinque di cui essa si compone, devono essere eletti tra i giudici – non siano più scelti, come in passato, dalle assemblee generali dei giudici di ogni grado, ma dalla camera bassa polacca (*Sejm*). Dunque, il profilo critico della riforma in esame consiste nella netta prevalenza, all'interno dell'organo di autogoverno della magistratura, dei membri laici rispetto a quelli nominati dalla stessa magistratura.

<sup>333</sup> *Ivi*, punti 166 e 171, dove si afferma che «il principio del primato del diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che esso impone al giudice del rinvio di disapplicare la disposizione di diritto nazionale che riservi a detto organo la competenza a conoscere delle controversie di cui ai procedimenti principali, di modo che esse possano essere esaminate da un giudice che soddisfi i summenzionati requisiti di indipendenza e di imparzialità e che sarebbe competente nella materia interessata se la suddetta disposizione non vi ostasse». Nella pronuncia la Corte demanda al giudice nazionale la verifica circa il rispetto dei parametri di indipendenza e di imparzialità della Sezione disciplinare di nuova composizione, in base al rilievo secondo cui spetta al giudice nazionale applicare il diritto dell'Unione alla fattispecie concreta (*ivi*, punto 133).

<sup>334</sup> Corte di giustizia, sentenza del 26 marzo 2020, cause riunite C-558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz*. Entrambe le cause vertono sul rilievo del timore, da parte dei giudici nazionali, che, nel caso in cui venga presa una determinata decisione – condanna dell'erario al pagamento, in favore della città di Łowicz, delle risorse necessarie all'espletamento delle funzioni delegate dal Governo centrale, nella causa C-558/18; applicazione dell'attenuazione straordinaria delle sanzioni in conseguenza del riconoscimento dello *status* di testimone cooperante per effetto della collaborazione degli imputati, nella causa C-563/18 – possa essere avviato un procedimento disciplinare nei confronti dei membri del collegio che si pronunciano su tali questioni. La Corte si allinea alle conclusioni dell'Avvocato generale TANCHEV presentate il 24 settembre 2019, il quale aveva sottolineato che sebbene la valutazione di rilevanza spetti unicamente al giudice nazionale (sicché le questioni vertenti sul diritto dell'Unione sono assistite da una *presunzione di rilevanza*), nella specie i giudici del rinvio non avrebbero adeguatamente spiegato il collegamento che sussiste tra le norme di diritto dell'Unione e la normativa nazionale applicabile al procedimento principale.



sottoposti a procedimenti disciplinari per aver interrogato pregiudizialmente la Corte di giustizia<sup>335</sup>.

Il filo conduttore di tutti i provvedimenti innanzi citati risiede nella affermazione dell'obbligo degli Stati membri di predisporre e mantenere strumenti e misure legislative che possano fungere da discusso tra la magistratura e gli altri poteri dello Stato<sup>336</sup>. Tuttavia, ricostruire la effettiva portata e la futura incidenza di tali pronunce sembra essere una attività di non agevole realizzazione, soprattutto se si guarda il problema nella prospettiva del definitivo riconoscimento della «competenza» dei giudici del Kirchberg ad analizzare i profili strutturali degli ordini giudiziari interni, sul rilievo che i medesimi incidono direttamente sull'aspetto funzionale. Ossia, la ragione determinante degli interventi della Corte di giustizia su temi strettamente legati all'organizzazione e al funzionamento della magistratura risiede nella consapevolezza che solo attraverso la

---

<sup>335</sup> *Ivi*, punti 55 ss.

<sup>336</sup> Nella specifica prospettiva delle pronunce appena esaminate sulla indipendenza della magistratura in Polonia, sono considerate incompatibili con il diritto dell'Unione, perché suscettibili di minare tale garanzia, provvedimenti nazionali: *a*) che attribuiscono ad un organo esterno alla magistratura il potere, sostanzialmente discrezionale ed avulso da qualunque forma di controllo giurisdizionale, di autorizzare la proroga all'esercizio della funzione (spec. causa C-619/18, conclusasi con la sentenza del 24 giugno 2019, e causa C-192/18, conclusasi con la sentenza del 5 novembre 2019); *b*) che incidono sulla composizione dell'organo di autogoverno della magistratura determinando la netta prevalenza dei componenti laici di nomina parlamentare (cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, concluse con la sentenza del 19 novembre 2019, nonché causa C-791/19, tutt'ora pendente). Anche i diversi interventi della Commissione (dapprima, nel contesto della procedura di «pre-allarme» e, successivamente, nel contesto dell'art. 7, par. 1, TUE) sono tutti motivati dall'esigenza di preservare l'ordine giudiziario polacco dalle ingerenze degli altri poteri dello Stato. Invero, nell'ampia motivazione della proposta di decisione del Consiglio relativa alla «constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia», la Commissione evidenziava che «nell'arco di due anni è stata adottata una sequenza di 13 leggi che hanno inciso sull'intero apparato giudiziario polacco» e che «queste modifiche legislative presentano la caratteristica comune di permettere sistematicamente al potere esecutivo e a quello legislativo di esercitare una considerevole ingerenza nella composizione, nei poteri, nell'amministrazione e nel funzionamento» degli organi della magistratura. La Commissione prosegue rilevando che le predette modifiche legislative «e il loro effetto combinato mettono seriamente a rischio in Polonia l'indipendenza della magistratura e la separazione dei poteri, che costituiscono elementi fondamentali dello Stato di diritto» (*ivi*, punto 173).

salvaguardia della sua autonomia ed indipendenza<sup>337</sup> l'ordine giudiziario interno offre sufficienti garanzie di adeguatezza rispetto ai diversi compiti ad esso attribuiti dall'ordinamento dell'Unione.

## **2.5 Il controllo diffuso sull'ordinamento del diritto dell'Unione: le funzioni degli organi giurisdizionali interni alla luce della dottrina della Corte di giustizia.**

Si può dunque procedere all'esame del tema fino ad ora lasciato sullo sfondo, ossia quello relativo ai diversi profili attinenti alla «funzione giurisdizionale», tema il quale verrà analizzato, come di consueto, partendo dalla disamina dell'art. 19, par. 1, TUE. Tale disposizione sembra prospettare una netta distinzione, in punto di funzioni istituzionali, tra la Corte di giustizia dell'Unione europea e gli organi giurisdizionali nazionali: la prima è garante del rispetto *del diritto* nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati; i secondi della effettività *della tutela* giurisdizionale nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione.

Stante al dato letterale della disposizione, dunque, l'architettura giurisdizionale dell'Unione sarebbe connotata da una *duplicità funzionale*: le competenze della Corte di giustizia dell'Unione europea, da una parte, e quelle degli organi giurisdizionali nazionali, dall'altra, risulterebbero distinte e ben delimitate, in quanto i secondi sarebbero investiti di una funzione più circoscritta e sistematicamente meno rilevante rispetto a quella attribuita alla Corte lussemburghese. Quest'ultima, invero, risulterebbe titolare in via esclusiva della funzione di nomofilachia a cui si è fatto cenno innanzi, la quale funzione troverebbe nel meccanismo pregiudiziale il suo principale strumento di espressione.

Tuttavia, la duplicità funzionale che si ricava dall'analisi del dato positivo risulta sfumata nella giurisprudenza comunitaria, nella misura in cui si afferma la contitolarità tra la Corte di giustizia e gli organi

---

<sup>337</sup> Sulla differenza tra la garanzia dell'autonomia e quella dell'indipendenza nella prospettiva del diritto interno, v. VERDE G., *L'ordinamento giudiziario*, Milano, 2003, spec. p. 8, secondo cui l'autonomia è collegata all'esigenza che l'amministrazione della giustizia non subisca interferenze da parte del potere esecutivo, mentre l'indipendenza riguarda soprattutto il delicato rapporto tra la magistratura e il potere legislativo, e si sostanzierebbe nell'impossibilità per il secondo di eludere, con le sue leggi, le esigenze fondamentali ritenute irrinunciabili in relazione al primo.

giurisdizionali interni della funzione di assicurare la tenuta dell'ordinamento dell'Unione complessivamente inteso. In questa prospettiva, il giudice nazionale diviene responsabile<sup>338</sup> anche in relazione a compiti che l'art. 19 TUE attribuisce, almeno *expressis verbis*, alla sola Corte di giustizia.

#### 2.5.1 *Il parere 1/09 della Corte di giustizia e il «principio di condivisione della responsabilità».*

La giurisprudenza della Corte lussemburghese che ha determinato il superamento di quella che abbiamo definito la *duplicità funzionale* dell'architettura giurisdizionale dell'Unione è stata inaugurata con il parere 1/09, dell'8 marzo 2011<sup>339</sup>, dove la Corte di giustizia ha affermato l'incompatibilità, con i Trattati europei, del sistema di risoluzione delle controversie previsto nel progetto di accordo sul Tribunale dei brevetti europeo e comunitario<sup>340</sup>.

Le conclusioni a cui è giunta la Corte poggiano sulle rinnovate funzioni degli organi giurisdizionali degli Stati membri<sup>341</sup>, consistenti nell'assicurare il rispetto dell'ordinamento giuridico e del sistema giurisdizionale dell'Unione<sup>342</sup>, compiti che la Corte trae dal principio

---

<sup>338</sup> La dottrina discorre, in proposito, di «principio di condivisione della responsabilità». Cfr., spec., ALBERTI J., *Il parere della Corte di giustizia sul Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, in *Dir. Un. eur.*, 2012, p. 380.

<sup>339</sup> Corte di giustizia, parere 1/09 dell'8 marzo 2011, *Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*.

<sup>340</sup> Trattasi, nel dettaglio, nel progetto di accordo internazionale tra gli Stati membri, l'Unione europea e gli Stati terzi aderenti alla Convenzione sul brevetto europeo (siglata a Monaco di Baviera il 5 ottobre 1973) per l'istituzione di un tribunale competente sulle controversie in materia di brevetti europei e comunitari. Il tribunale unificato in materia brevettuale oggetto del parere è il frutto di una proposta presentata dalla Commissione nel 2007 (Comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio, doc. COM (2007) 165, del 3 aprile 2007, *Migliorare il sistema dei brevetti in Europa*). La richiesta di parere, come è noto, era stata presentata dal Consiglio dell'Unione europea il 6 luglio 2009, ai sensi dell'art. 218, n. 11, TFUE, il quale legittima Stati membri, Parlamento europeo, Consiglio e Commissione ad interpellare il giudice dell'Unione, nell'ambito della procedura per la negoziazione e la conclusione di accordi internazionali, in relazione alla compatibilità di tali accordi con i Trattati.

<sup>341</sup> CIENFUEGOS MATEO M., *La trascendencia de la función como jueces ordinarios del derecho de la Unión europea de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. A propósito del Dictamen 1/09, de 8 de marzo de 2011, del Tribunal de justicia*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 2012, n. 26, p. 17 s.

<sup>342</sup> Corte di giustizia, parere 1/09, cit., punto 66.

di leale cooperazione enunciato dall'art. 4, par. 3, comma primo, nonché dall'art. 19 TUE<sup>343</sup>.

L'elemento di rilievo, per la sua chiarezza, è contenuto nel punto 69 del parere, laddove si afferma che il giudice nazionale condivide con la Corte di giustizia il compito di «garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati»<sup>344</sup>, benché il diritto positivo attribuisca formalmente tale funzione al solo giudice dell'Unione (*ex art. 19, par. 1, TUE*)<sup>345</sup>.

Il principio di condivisione della responsabilità fonda e giustifica la declaratoria di incompatibilità del sistema di risoluzione delle controversie previsto nell'accordo. Invero, il progetto di accordo non era suscettibile di mettere in discussione la funzione nomofilattica della Corte di giustizia, in quanto il Tribunale sarebbe stato connesso alla medesima attraverso il riconoscimento della facoltà/obbligo di interporre il rinvio pregiudiziale, sulla base dello schema dell'art. 267 TFUE.

Il cuore del problema era rappresentato, piuttosto, dalla sottrazione di un numero consistente di controversie, disciplinate dal diritto dell'Unione, ai giudici nazionali in favore di un organo esterno al quadro giurisdizionale dell'Unione<sup>346</sup>. Organo che, di conseguenza,

---

<sup>343</sup> Corte di giustizia, parere 1/09, cit., punti 66 e 68.

<sup>344</sup> Corte di giustizia, parere 1/09, cit., punto 69. È noto che il ruolo del giudice nazionale si esplica soprattutto attraverso il meccanismo pregiudiziale, il quale rappresenta per il medesimo un mezzo per eliminare le difficoltà che possano derivare dalla applicazione decentrata del diritto dell'Unione (*ivi*, punti 83 ss.).

<sup>345</sup> ALBERTI J., *Il parere della Corte di giustizia sul Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, cit., p. 380; CIENFUEGOS MATEO M., *La trascendencia de la función como jueces ordinarios del derecho de la Unión europea de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.*, cit., p. 17 ss., spec. p. 25, dove si afferma che il parere 1/09 «reconoce la enorme trascendencia del incidente prejudicial y del diálogo jurisdiccional instaurado en su seno y, adicionalmente, proundiza en esta línea al consagrar la función ontológica que los juzgados y tribunales de los Estados miembros desempeñan como jueces ordinarios del ordenamento jurídico de la UE para salvaguardar su aplicación uniforme en los Estados miembros y la tutela judicial efectiva de los derechos que confiere a los particulares».

<sup>346</sup> Gli elementi di incompatibilità con il diritto dell'Unione possono essere così sintetizzati: *a)* il Tribunale dei brevetti ha esclusiva giurisdizione in relazione a un numero rilevante di controversie in materia di brevetti che, di conseguenza, vengono sottratti alla competenza degli organi giurisdizionali degli Stati membri; *b)* il medesimo tribunale è investito del potere di interpretare e applicare il diritto dell'Unione (parere 1/09, cit., punto 73); *c)* di conseguenza, esso diviene «nell'ambito delle sue competenze esclusive, l'unico interlocutore giurisdizionale

sarebbe stato sottratto alle «procedure in grado di garantire la piena efficacia delle norme dell'Unione»<sup>347</sup>, consistenti nel principio della responsabilità risarcitoria dello Stato membro dei danni causati ai singoli per le violazioni del diritto dell'Unione ad esso imputabili<sup>348</sup>, nonché l'assoggettabilità del medesimo Stato alla procedura di infrazione<sup>349</sup>.

In sintesi, due sono gli aspetti di rilievo del citato parere: *a*) si amplia la portata applicativa dell'art. 19, par. 1, co. 1, TUE, estendendo agli organi giurisdizionali interni le attribuzioni proprie della Corte di giustizia; *b*) si afferma l'insurrogabilità dei medesimi giudici nazionali, perché sottoposto ai meccanismi di cooperazione in forma coattiva, in ragione della riconducibilità soggettiva del loro operato agli Stati membri<sup>350</sup>.

Il superamento della duplicità funzionale produce effetti di non poco momento, in quanto radica l'opzione dell'incompatibilità, con il sistema delineato dai Trattati, degli accordi internazionali suscettibili di incidere sulla sfera di competenza degli Stati membri e, in

---

della Corte, nella cornice di una procedura di rinvio pregiudiziale, riguardante l'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'Unione» (*ivi*, punto 79).

<sup>347</sup> Corte di giustizia, parere 1/09, cit., punto 82.

<sup>348</sup> *Ivi*, punti 86 e 87. Sulla responsabilità risarcitoria degli Stati membri, v. Corte di giustizia, sentenza del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler* (in *Foro it.*, 2004, IV, c. 3, con nota di SCODITTI E., «*Francoovich*» presa sul serio: la responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale) dove si apre all'ipotesi della responsabilità per inadempimento come conseguenza di una pronuncia di un organo giurisdizionale interno (cfr. capitolo 1, par. 1.7 e relativi sottoparagrafi).

<sup>349</sup> Sulla possibilità di promuovere un procedimento per violazione del diritto dell'Unione traendo motivo dalle sentenze dei giudici nazionali, Corte di giustizia, sentenza del 9 dicembre 2003, causa C-129/00, *Commissione c. Italia*, e Corte di giustizia, sentenza del 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione c. Francia* (cfr. capitolo 1, par. 1.8).

<sup>350</sup> Sicché, una violazione del diritto dell'Unione ad essi imputabile può «essere oggetto di un giudizio di violazione» e comportare la «responsabilità patrimoniale in capo a uno o più Stati membri» (Corte di giustizia, parere 1/09, cit., punto 88). Meccanismi, questi, che sarebbero in grado di garantire l'effettività del diritto dell'Unione perché in linea di principio utilizzabili nei casi di violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale. Sulla imputabilità soggettiva allo Stato dei comportamenti degli organi interni, FUMAGALLI L., *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000, p. 60; FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, cit., p. 36 ss.

particolare, sulle attribuzioni dei giudici nazionali in materia di interpretazione e attuazione del diritto dell'Unione<sup>351</sup>.

### 2.5.2 *Il problema della (in)compatibilità dei meccanismi di risoluzione delle controversie posti al di fuori del quadro giurisdizionale dell'Unione.*

Questo approccio viene ulteriormente arricchito dal parere 2/13, del 18 dicembre 2014, sul progetto di adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali<sup>352</sup>, nonché dalla sentenza del 6 marzo 2018, *Achmea*<sup>353</sup>.

---

<sup>351</sup> Corte di giustizia, parere 1/09, cit., punti 80 e 89. Sul punto ALBERTI J., *op. cit.*, pp. 388 e 389, il quale evidenzia che in linea di principio un accordo internazionale ben potrebbe incidere sulle competenze degli Stati membri, non essendo le medesime ricomprese nei limiti posti all'Unione nella stipula di accordi internazionali. La Corte di giustizia, invece, con un approccio innovativo rispetto al passato, ha affermato che neanche le competenze riconosciute dai Trattati agli Stati membri possono essere snaturate tramite la stipula di un accordo internazionale, perché essenziali alla natura stessa del diritto dell'Unione. Questo ulteriore profilo innovativo è definito dall'A. il «contrattare logico» del principio di condizione della responsabilità.

<sup>352</sup> Corte di giustizia, parere 2/13 del 18 dicembre 2014, *Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Foro it.*, 2015, 2, parte IV, c. 61 ss., con nota di TESAURO G., *Bocciatura del progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla Cedu: nessuna sorpresa, nessun rammarico*, e di ALBENZIO G., *L'adesione dell'Unione europea alla Cedu: «It's a long long way...»*. Con il menzionato parere la Corte di giustizia ha dichiarato il progetto di accordo incompatibile con i Trattati europei perché suscettibile di pregiudicare l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Da una parte si afferma che il rispetto dei diritti fondamentali possa e debba trovare spazio all'interno della struttura e delle finalità dell'Unione. Dall'altra – ed è questo il profilo che si colloca più propriamente nel solco del parere 1/09 – si afferma che il complesso sistema giurisdizionale istituito dai trattati costituisce il principale elemento di tenuta dell'ordinamento dell'Unione, perché destinato ad assicurare la coerenza e l'unità nell'interpretazione e nell'applicazione di tale ordinamento (*ivi*, punto 174).

<sup>353</sup> Corte di giustizia, sentenza 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1969, con nota di STELLA M., *Cala il sipario sull'arbitrato degli investimenti "intra-UE": la Corte UE esige che le liti tra investitori e Stati membri siano decise da giudici togati*; CONSOLO C., *Postilla. La foglia di fico del (negato, ma per gli arbitri ICSID ancor più insostenibilmente) rinvio pregiudiziale. Da Denuit ad Achmea*; CIAMPI A., *Postilla. Perché il diritto europeo rimanga com'è, la nozione autonoma di "giurisdizione negoziale" deve cambiare*; in *Riv. arb.*, 2018, p. 493, con nota di BRIGUGLIO A., *Achmea and the Day after Achmea*.

Entrambi, invero, poggiano sul rilievo che il *principio di autonomia* dell'ordinamento giuridico dell'Unione trova nel complesso sistema giurisdizionale istituito dai Trattati, e composto dalla medesima Corte di giustizia e dagli organi giurisdizionali degli Stati membri<sup>354</sup>, il suo principale elemento di garanzia<sup>355</sup>. Questo il profilo innovativo, laddove si consideri che il parere 1/09 sembrava attribuire alla sola Corte di giustizia il compito di «garantire il rispetto dell'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione quale istituito dai Trattati»<sup>356</sup>.

Degna di rilievo, in questa prospettiva, è la pronuncia *Achmea*, la quale dichiara l'incompatibilità, con gli artt. 267 e 344 TFUE, dell'offerta di arbitrato recepita negli «*intra-Ue Bits*».

La pronuncia è incentrata sul ruolo del giudice nazionale nella salvaguardia della coerenza, dell'efficacia e delle specificità del diritto dell'Unione, in quanto interlocutore esclusivo della Corte di giustizia per il tramite del meccanismo pregiudiziale. Invero, la affermata incompatibilità dei sistemi arbitrali di risoluzione delle controversie in materia di investimenti ruota attorno alla carenza di legittimazione degli arbitri a proporre rinvio pregiudiziale<sup>357</sup> e al carattere sostanzialmente definitivo della decisione arbitrale<sup>358</sup>, il quale impedisce che le questioni di diritto dell'Unione conosciute e risolte dagli arbitri possano essere esaminate dal giudice investito

---

<sup>354</sup> Corte di giustizia, sentenza *Achmea*, cit., punto 36. Ancora una volta, estendendo il tenore letterale dell'art. 19 TUE, si afferma che il sistema giurisdizionale dell'Unione nel suo complesso, ivi inclusi dunque gli organi giurisdizionali degli Stati membri, è «destinato ad assicurare la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione» (punto 35; in modo speculare, parere 2/13, cit., punto 174).

<sup>355</sup> Corte di giustizia, sentenza *Achmea*, cit., punto 35. Al centro del sistema di controllo giurisdizionale vi è il meccanismo del rinvio pregiudiziale, «il quale, instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione, permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati» (sentenza *Achmea*, cit., punto 37; in termini speculari, parere 2/13, cit., punto 176). Per questa ragione la Corte di giustizia definisce il meccanismo di cui all'art. 267 TFUE «la chiave di volta del sistema giurisdizionale».

<sup>356</sup> Corte di giustizia, parere 1/09, cit., punto 67. Secondo ALBERTI J., *Il parere della Corte di giustizia sul Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, cit., questo profilo confermerebbe il perdurante ruolo egemonico della Corte di giustizia nel sistema giurisdizionale dell'Unione.

<sup>357</sup> Corte di giustizia, sentenza *Achmea*, cit., punti da 43 a 49.

<sup>358</sup> Corte di giustizia, sentenza *Achmea*, cit., punto 50.

dell'impugnazione del lodo. Quest'ultimo, infatti, oltre ad essere vincolato ai principi chiave della ricomposizione dei sistemi interno e dell'Unione (*in primis*, il principio del primato e del connesso obbligo di disapplicazione), è legittimato ad interrogare pregiudizialmente la Corte di giustizia, contribuendo a ricondurre ad unità il sistema.

Appare, dunque, definitivamente radicata la tesi del riconoscimento, agli organi giurisdizionali interni, della funzione di garanzia dell'effettività non solo *della tutela*, bensì anche *del diritto* dell'Unione *complessivamente inteso*<sup>359</sup>.

## **2.6 Le funzioni istituzionali degli organi giurisdizionali interni nella prospettiva del diritto dell'Unione: ipotesi di lettura.**

### *2.6.1 Il ruolo del giudice nazionale tra jus litigatoris e (nuovo) jus constitutionis.*

La giurisprudenza comunitaria a cui si è fatto poc'anzi cenno apre la strada a considerazioni di più ampio respiro, di cui si tenterà di dar conto nelle prossime righe.

Dalla lettura dell'art. 19, par. 1, TUE, sembra potersi scorgere il seguente significato: la Corte di giustizia dell'Unione europea svolge

---

<sup>359</sup> Per ragioni di completezza occorre sottolineare che la dottrina della Corte di giustizia in materia di autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione ha influenzato notevolmente i negoziati per la stipula degli accordi di libero scambio tra l'Unione europea e i paesi terzi, definiti anche «accordi di nuova generazione», in quanto recepiscono non solo le classiche disposizioni relative alla riduzione dei dazi doganali e degli ostacoli non tariffari che incidono sul commercio dei beni e dei servizi, ma alcune norme in materia di investimenti, di appalti pubblici, di concorrenza, di tutela della proprietà intellettuale e dello sviluppo sostenibile (sul punto, CELLERINO C., *Il Parere 2/15 della Corte di giustizia sull'accordo di libero scambio UE-Singapore: luci e ombre*, in [www.rivista.eurojust.it](http://www.rivista.eurojust.it), spec. par. 1). Tali sono, in particolare, l'accordo con il Canada (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*, meglio noto con l'acronimo «CETA»), l'accordo con il Singapore («EUSFTA»), quello con il Vietnam («EUVFTA»), nonché la proposta della Commissione relativa all'accordo con gli Stati Uniti («TTIP»). Tutti i menzionati accordi circoscrivono i poteri di interpretazione e applicazione dei tribunali internazionali di nuova costituzione alle disposizioni dell'accordo e alle altre norme e i principi di diritto internazionale applicabili tra le parti contraenti. Questi elementi sono stati dalla Corte di giustizia ritenuti sufficienti per affermarne la compatibilità con il diritto dell'Unione, perché in sostanza tali meccanismi di risoluzione delle controversie non costituiscono una forma di controllo esterno al sistema giurisdizionale dell'Unione. Cfr. Corte di giustizia, parere 1/17, del 30 aprile 2019 relativo all'accordo con il Canada (spec. punti 121 ss.).



una funzione di garanzia oggettiva, di presidio del diritto dell'Unione nell'interesse generale, mentre gli organi giurisdizionali interni assicurano l'interesse individuale dei litiganti laddove la controversia inerisca un settore coperto dal diritto dell'Unione.

Da una parte, l'*interesse di carattere pubblicistico*, consistente nella tutela dell'unità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto dell'Unione all'interno degli Stati membri, dall'altro l'*interesse di carattere individuale*, rappresentato dalla effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche di vantaggio attribuite ai singoli dall'ordinamento dell'Unione.

La formulazione letterale dell'art. 19, par. 1, TUE evoca alla mente la nota contrapposizione tra *ius litigatoris* e *ius constitutionis* che caratterizza il riparto di funzioni tra i giudici di merito e le Corti di vertice della piramide giurisdizionale. I primi deputati allo svolgimento della *funzione giurisdizionale in senso stretto*, consistente nel rendere giustizia nel caso concreto – la quale, nella prospettiva positivista pura, si riduce nell'*attuazione* del diritto in concreto<sup>360</sup> –, le seconde responsabili del controllo della legalità e della garanzia dell'unificazione della giurisprudenza. Funzioni, queste ultime, che sono riscontrabili in due modelli assai diversi tra loro, vale a dire il modello della «Corte suprema» e quello della «terza istanza», i quali influenzano il *modo* in cui viene svolta la funzione di legittimità, nonché l'*oggetto* e lo *scopo* diretto di tale controllo<sup>361</sup>. Si tratta di due poli classici del sindacato di legittimità, vale a dire il sindacato nell'interesse dell'ordinamento, che è ben rappresentato dalla Cassazione di stampo francese, e il sindacato a disposizione delle parti, che è più vicino alla *Revision* austro-tedesca. Nel primo modello prevale la dimensione oggettiva della garanzia: l'obiettivo istituzionale della Corte di vertice è svincolato dall'interesse specifico

---

<sup>360</sup> Il tema del compito e del metodo della giurisprudenza nel positivismo giuridico è complesso e ricco di sfumature, sicché la sua sintesi implica necessariamente una eccessiva semplificazione del dibattito. Nell'economia della presente trattazione si può solo rilevare che nella teoria positivista il ruolo della giurisprudenza consiste in una attività puramente *dichiarativa* o *riproduttiva* di un diritto preesistente, come attività volta non a *produrre* ma a *riprodurre* il diritto, vale a dire ad esprimere con mezzi puramente logico-razionali il contenuto di norme giuridiche già date (BOBBIO N., *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, p. 220). Complementare alla dottrina positivista è la dottrina del sillogismo giudiziale, per la quale la decisione è il frutto di un procedimento deduttivo oggettivo e certo.

<sup>361</sup> TARUFFO M., *Introduzione e Funzioni e problemi attuali della Corte di cassazione*, in *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1999, spec. p. 10 ss. e 158.

dei ricorrenti, poiché incentrato sulla ricerca della «giusta» o «più razionale» interpretazione della legge e sulla tutela della legalità come valore generale<sup>362</sup>. Nel secondo modello prevale la dimensione soggettiva della garanzia: il contenuto essenziale e primario della garanzia di legalità è il caso concreto e il controllo di legittimità è svolto nella prospettiva della singola decisione.

Dunque, in entrambi i modelli è presente l'interesse pubblico, che rappresenta l'*autentico denominatore comune*<sup>363</sup>, anche se tale interesse risulta diversamente bilanciato nei confronti dell'interesse dei privati. Nel modello della «Corte suprema» l'interesse particolare è ridotto a mera occasione per la ricerca di un criterio interpretativo valido in termini generali e spendibile per le decisioni dei casi futuri; nel modello della «terza istanza» l'interesse dei litiganti rappresenta, invece, l'oggetto specifico della garanzia di legalità.

Questo dato, ossia la costante riconduzione della garanzia oggettiva e super-individuale nell'ambito delle funzioni delle Corti di vertice, risulta confermato dalla ricostruzione funzionale di tutte le corti supreme di derivazione francese diretta o (attraverso il modello della *Revision*) indiretta<sup>364</sup>. In tutte, infatti, si riscontra la contemporanea presenza di elementi di entrambi i modelli, dove l'interesse pubblico e quello privato sono legati da un rapporto proporzionale di difficile decifrazione<sup>365</sup>, perché spesso influenzato da esigenze e riforme contingenti.

Il dato rilevante, tuttavia, non cambia, ossia che nella concezione tradizionale circa il ruolo rispettivamente delle giurisdizioni di merito e di quelle di legittimità, è alle seconde che risulta demandata, sia pure in intensità e con modalità variabili, la tutela dello *ius constitutionis* (dunque, la dimensione oggettiva della garanzia).

Ebbene, nella struttura giurisdizionale dell'Unione, almeno nel contesto dell'art. 19, par. 1, TUE, sembrerebbe riproporsi la distinzione tra *funzione giurisdizionale in senso stretto* e *funzione di nomofilachia*, ben nota negli ordinamenti giuridici interni.

---

<sup>362</sup> TARUFFO M., *op. cit.*, p. 19, nonché *La Corte di cassazione e la legge*, in *Ibidem*, p. 92.

<sup>363</sup> Secondo le parole di BRIGUGLIO A., *Storia e riforma della Cassazione civile spagnola*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 117 ss., spec. 133.

<sup>364</sup> Secondo la classica schematizzazione proposta da CALAMANDREI P. (spec. in *La Cassazione civile*, in *Opere giuridiche*, volume VI, Roma, 2019 (riedizione), con prefazione di ANDRIOLI V., p. 644 ss.), il quale considera la *Revision* auto-tedesca una forma derivata del sistema della Cassazione.

<sup>365</sup> BRIGUGLIO A., *op. cit.*, p. 133.

Ora, come ampiamente esposto nelle pagine precedenti in occasione dell'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia, la indicata duplicità funzionale – funzione di tutela dell'interesse oggettivo, con riferimento alla Corte di giustizia, e funzione giurisdizionale in senso stretto, con riferimento ai giudici nazionali – sebbene netta sul piano del diritto positivo, appare superata nella prospettiva della giurisprudenza della Corte lussemburghese. Invero, il principio di condivisione della responsabilità spezza definitivamente ogni differenza in punto di attribuzioni funzionali, perché si attribuisce anche al giudice nazionale – in condivisione con la Corte di giustizia, appunto – il compito di tutelare l'*interesse generale* alla salvaguardia dell'unità del diritto dell'Unione<sup>366</sup>.

Nella prospettiva del diritto dell'Unione si verifica ciò che nella struttura giurisdizionale degli Stati membri è tendenzialmente immaginato in relazione alle sole Corti di vertice della piramide impugnatoria, vale a dire la coesistenza, in capo al medesimo organo giurisdizionale, della funzione di garanzia del diritto oggettivo con quella di garanzia della giustizia della singola decisione.

#### 2.6.2 Segue: *l'influenza della dottrina della Corte di giustizia sul metodo della giurisprudenza degli Stati membri.*

Questa impostazione è suscettibile di incidere su tre diverse dimensioni, vale a dire: *a)* sul rapporto giudice/ordinamento giuridico, *b)* sulla funzione del giudice del merito in relazione alla singola controversia, *c)* sul rapporto giudici di merito/Corte di legittimità.

I primi due profili sono strettamente connessi tra di loro, trattandosi di due aspetti del medesimo fenomeno.

Il giudice nazionale, nel decidere la singola controversia regolata dal diritto dell'Unione, opera *de iure litigatoris* e *de iure constitutionis*, ossia garantisce l'attuazione di tale ordinamento sovranazionale, anche in via di «superamento» del diritto interno con

---

<sup>366</sup> Corte di giustizia, parere 1/09, cit., punti 68, 69 e 85, dove si afferma che «spetta agli organi giurisdizionali nazionali e alla Corte garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione nell'insieme degli Stati membri, nonché la tutela giurisdizionale dei diritti che i soggetti dell'ordinamento ricavano dal medesimo. Infatti, il giudice nazionale adempie, in collaborazione con la Corte, ad una funzione loro attribuita congiuntamente al fine di garantire *il rispetto del diritto* nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati» e che «le funzioni attribuite, rispettivamente, ai giudici nazionali e alla Corte sono essenziali alla salvaguardia della natura stessa dell'ordinamento istituito dai Trattati».

esso incompatibile, attraverso i canoni dell'interpretazione conforme e della disapplicazione vera e propria. La singola controversia diviene occasione di composizione dell'ordinamento interno con l'ordinamento eurounitario e di coinvolgimento della Corte di giustizia nei casi di dubbi ermeneutici rilevanti *ex art. 267 TFUE*. La vicenda concreta funge, così, da «stimolo propulsore posto al servizio dell'interesse»<sup>367</sup> oggettivo alla salvaguardia dell'ordinamento dell'Unione.

Nella prospettiva del diritto dell'Unione, dunque, si assiste ad un *arricchimento* della funzione giurisdizionale, che non può più essere concepita nei termini tradizionali di *attuazione* del diritto in concreto, perché in qualunque vicenda processuale e innanzi a qualunque organo giurisdizionale la singola controversia può divenire occasione di (ri)formulazione del diritto interno incompatibile, in forma diretta o indiretta, con il diritto dell'Unione.

La pronuncia del giudice, anche di merito, è sempre rivolta, potenzialmente, al di là del singolo caso concreto, se non altro perché la soluzione di diritto fornita può rappresentare un elemento di conferma per future decisioni conformi di altri giudici di merito.

Vero è che il rinnovato rapporto giudice/ordinamento è connesso al superamento del positivismo puro e della sua versione più rigorosa rappresentata dal formalismo interpretativo, in conseguenza dell'acquisita consapevolezza che l'attività di interpretazione delle norme di diritto implica un necessario coefficiente di discrezionalità che rende impossibile separare nettamente l'attività di creazione del diritto dall'attività di applicazione delle norme<sup>368</sup>.

---

<sup>367</sup> Prendendo a prestito le parole di CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, vol. VIII, *La Cassazione civile e altri studi sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni*, Roma, 2019 (riedizione), p. 13.

<sup>368</sup> In proposito si pongono due distinti problemi, ossia la (im)possibilità, da una parte, di separare l'attività di attuazione da quella di interpretazione del diritto e, dall'altra, di ridurre l'attività del giudice a mera attività deduttiva. Quanto al primo aspetto, è evidente che un unico testo di legge apre sempre la strada a multiformi possibilità interpretative, sicché la fonte scritta «lungi dall'essere qualcosa di fisso e di immoto, si mostra capace di intrinseci svolgimenti e di progressivi incrementi, tutti potenzialmente contenuti nel testo» (MAZZARELLA F., *Analisi del giudizio civile di Cassazione*, Padova, 1994, p. 11). Quanto al secondo profilo, è superfluo ricordare che l'attuale architettura della scienza giuridica si ispira a logiche diverse rispetto a quelle del rigoroso positivismo giuridico e del formalismo interpretativo. Ed invero, è ben noto che il modello classico dello Stato liberale, fondato sulla netta separazione tra la funzione legislativa e quella giudiziaria, demanda il potere di creazione del diritto al solo organo a ciò deputato (il Parlamento), attribuendo

Ma, nella prospettiva che qui interessa, è anche la logica e necessaria conseguenza del modo di operare del diritto dell'Unione negli ordinamenti giuridici interni e, in particolare, dei principi del primato e dell'efficacia diretta, i quali inevitabilmente demandano agli organi giurisdizionali interni il compito di ricercare soluzioni agli eventuali conflitti tra il diritto interno e il diritto sovranazionale, incrementando il margine di discrezionalità e creatività del giudice di merito in sede di risoluzione della singola controversia.

Quelle appena richiamate non sono le uniche variazioni riconducibili al rinnovato ruolo e alla posizione istituzionale del giudice nazionale nella architettura giurisdizionale dell'Unione, dal momento che non trascurabili mutamenti sono riscontrabili anche nel rapporto giudici di merito/Corte di legittimità.

Riducendo di molto la disamina, che potrebbe essere assai complessa, vale la pena di tracciare le linee essenziali della posizione istituzionale della Corte di cassazione nell'ordinamento giuridico interno.

Il modello di organo supremo avuto presente dall'ordinamento giudiziario prima e dal costituente poi era, in linea tendenziale, quello

---

all'autorità giudiziaria il solo potere di applicazione del diritto nel caso concreto. Il divieto di interpretazione e creazione del diritto costituisce un postulato fondamentale del positivismo legislativo, che afferma il monopolio della legge scritta nella produzione del diritto, postulando – naturalmente – il principio della autosufficienza della fonte scritta. A tale impostazione si ricollega uno specifico metodo scientifico che è quello *deduttivo*, proprio della visione classica del *formalismo interpretativo*, secondo cui ogni norma ha un significato oggettivo, ed il giudice ha il solo compito di dichiararlo. Questa impostazione entrò irrimediabilmente in crisi con l'entrata in vigore della Costituzione, e con il rinnovato ruolo della giurisprudenza, connesso al (diffuso) potere/dovere di saggiare la conformità della legge alla Costituzione onde provocare, se del caso, il controllo di costituzionalità. La funzione meramente dichiarativa dell'autorità giudiziaria è strutturalmente e logicamente legata ad un modello statale accentrato e geloso della sovranità nazionale, ed è insostenibile nell'attuale fase storica connotata dall'apertura sovranazionale dell'ordinamento giuridico. Oggi, invero, ogni giudice è tenuto a verificare la compatibilità dell'ordinamento interno con l'ordinamento internazionale, al fine di provocare il controllo della Corte costituzionale in relazione alla possibile violazione degli artt. 10 e 117, co. 1, Cost., e a risolvere autonomamente le antinomie tra il diritto interno e il diritto dell'Unione, attraverso i canoni dell'interpretazione conforme e della disapplicazione della disposizione interna. Sicché, in estrema sintesi, l'attività del giudice non consiste mai nella mera attuazione dell'ordine giuridico preesistente e stabile, ma si arricchisce di nuovi profili di creatività, strumentali alla ricerca di una (rinnovata) unità tra l'ordinamento interno e quello internazionale e/o unionale.

proposto dal maggiore studioso della Cassazione, Piero Calamandrei<sup>369</sup>, che era stato il più convinto assertore del modello della Cassazione unica e della funzione di nomofilachia<sup>370</sup>.

L'Autore pone al centro della sua «ricostruzione razionalizzatrice dell'istituto della Cassazione»<sup>371</sup> i principi della nomofilachia, intesa come interpretazione generale e astratta della legge, e dell'uniformità della giurisprudenza, con un netto sbilanciamento in favore dello *ius constitutionis*<sup>372</sup>. Tali principi furono tradotti in precetti normativi nell'ambito dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario<sup>373</sup>, a mente del quale la Corte di cassazione «assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge», nonché «l'unità del diritto oggettivo nazionale»<sup>374</sup>.

---

<sup>369</sup> Gli studi di Calamandrei sono stati sviluppati nei due famosi volumi sulla Cassazione editi nel 1920 e successivamente riprodotti nei volumi VI e VII delle sue *Opere giuridiche*. Per una attenta analisi del pensiero di Calamandrei si rinvia a PANZAROLA A., *La Cassazione civile giudice del merito*, I, Torino, 2005, 289 ss.

<sup>370</sup> DENTI V., *A proposito di Corte di cassazione e di nomofilachia*, in *Foro it.*, 1986, V, c. 417, spec. c. 428; TARUFFO M., *Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie*, in *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, cit., p. 27 ss., spec. 49, il quale sottolinea come l'analisi di Calamandrei «introduce un elemento fortemente valutativo nella ricostruzione storica», in quanto «muove dall'assunto che, essendo la Cassazione razionale, il passaggio dai sistemi di revisione o misti al sistema della Cassazione e della Cassazione unica, sia un passaggio dall'irrazionale al razionale».

<sup>371</sup> TARUFFO M., *La Corte di cassazione e la legge*, in *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, cit., p. 67.

<sup>372</sup> Ed invero, il modello di Cassazione proposto da Calamandrei è completamente sganciato dall'interesse dei privati e ricollegato esclusivamente al fine generale di assicurare l'uniformità della giurisprudenza. Sicché, la giurisdizione esercitata dalla Cassazione quale giudice dell'impugnazione rappresenterebbe soltanto un occasionale strumento di esercizio della funzione di nomofilachia.

<sup>373</sup> R.d. 30 gennaio 1941, n. 12.

<sup>374</sup> L'influenza del pensiero di Calamandrei sulla formulazione dell'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario appare evidente dalla previsione della funzione di unificazione della giurisprudenza, la quale mancava di un precedente nella disciplina della Cassazione in Francia e nelle legislazioni italiane preunitarie e unitarie. Secondo l'A., sebbene la pronuncia della *Cour de Cassation* avesse una efficacia obbligatoria limitata al caso concreto (ci si riferisce alla «seconda stagione» della Cassazione francese inaugurata con la legge del 1° aprile 1937 che attribuisce alle pronunce una efficacia di diritto sulla decisione del caso concreto) essa di fatto esercitava una influenza sulle future decisioni di casi simili, sicché la Cassazione francese svolgeva *de facto* una funzione di unificazione della giurisprudenza (spec. *La Cassazione civile*, I, p. 485 ss.). Ora, l'assenza di dati positivi che attribuissero rilevanza alla funzione di unificazione della giurisprudenza consente di ritenere che la *Cour de Cassation*, e i modelli di Cassazione di diretta derivazione francese, non

Senonché, la carta costituzionale accentua la crisi di identità della Cassazione italiana, attraverso l'introduzione di funzioni suscettibili di riconfigurare in termini soggettivi la garanzia della legalità<sup>375</sup>. Inoltre, la crisi del formalismo giuridico fa emergere un ripensamento critico sulla funzione di nomofilachia<sup>376</sup>, che inizia ad essere concepita in termini *tendenziali* e *dialettici*<sup>377</sup>, mentre le moderne teorie

---

avessero mai svolto *istituzionalmente* detta funzione (come rilevato da TARUFFO M., *La Corte di cassazione e la legge*, in *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, cit., p. 59 ss., spec. 63 nota 13). Eppure, Calamandrei ne teorizza l'essenzialità, e tale funzione è poi riconosciuta nell'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario. In relazione all'influenza del pensiero di Calamandrei sull'art. 65 ord. giud., v., più di recente, RUSCIANO S., *Nomofilachia e ricorso in Cassazione*, Torino, 2012, p. 53 ss.

<sup>375</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla previsione del ricorso per Cassazione avverso le sentenze e avverso i provvedimenti sulla libertà personale e al riconosciuto rilievo costituzionale dell'obbligo di motivazione e, con esso, l'inevitabile possibilità/necessità di un controllo sulla medesima (VERDE G., *In difesa dello jus litigatoris (sulla Cassazione come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1 ss., spec. pp. 8 e 9). In questi termini MAZZARELLA F., *Analisi del giudizio civile di Cassazione*, cit., p. 19, nota 6, secondo cui «le norme positive accreditano l'idea che la Cassazione sia un istituto *unico*, posto al servizio del cittadino, concreto litigante».

<sup>376</sup> VERDE G., *In difesa dello jus litigatoris (sulla Cassazione come è e come si vorrebbe che fosse)*, cit., p. 9. La funzione di nomofilachia è, invero, storicamente e strutturalmente legato ai classici modelli dello Stato liberale, all'idea dell'onnipotenza e dell'autosufficienza della legge, dove il compito della giurisprudenza è quello di elaborare concetti che esprimano e diano compattezza a tale universo preesistente e di per sé completo. In un modello siffatto, in cui il momento della creazione del diritto è nettamente separato da quello dell'attuazione, la Corte di cassazione è chiamata a realizzare il bene supremo costituito dall'uniforme interpretazione e dall'unità del diritto oggettivo, divenendo attore privilegiato del rapporto tra il giudice e la legge. In argomento, MAZZARELLA F., *Analisi del giudizio civile di Cassazione*, cit., p. 16, nota 5; TARUFFO M., *Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie*, in *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, cit., p. 27 ss., spec. 46 ss.

<sup>377</sup> La teorizzazione della nomofilachia tendenziale e dialettica risale a FRANCESCHELLI M., *Nomofilachia e Corte di cassazione*, in *Giust. e cost.*, 1986, p. 39 ss., il quale muove dalla storicità del concetto di nomofilachia. Secondo l'A., «oggi la funzione di nomofilachia, deve intendersi in senso: a) *tendenziale* in quanto non può che tendere a risultati relativamente stabili; b) *dialettico*, in quanto non può che risultare da tentativi di composizione di conflitti emergenti da una società e un ordinamento fondato sul pluralismo; c) *collettivo*, in quanto deve emergere da una operazione che interessa sia l'intera magistratura, sia le varie funzioni dell'organo giudicante; d) *tecnologicamente attrezzato*». L'A. espunge dalla funzione istituzionale della Corte di cassazione la garanzia della uniformità interpretativa, la quale verrebbe sostituita dal dialogo con i giudici di merito, i quali diventerebbero

dell'interpretazione inducono ad espungere dalle funzioni della Cassazione quella protesa alla ricerca della *esatta* interpretazione della legge<sup>378</sup>.

---

diretti protagonisti di una «elaborazione giurisprudenziale sempre più varia e feconda». Ed invero, secondo l'A., il «bene supremo della giustizia» è dato non già dalla «staticità e uniformità di giurisprudenza», bensì dalla «disponibilità all'intendere il nuovo e ad interpretare il pluralismo, e quindi ad un confronto continuo di posizioni, nessuna delle quali può considerarsi dotata di forza di resistenza superiore a quella che un armonico sviluppo dell'ordinamento consenta». Sicché, attraverso il dialogo e il confronto con il giudice di merito, la giurisprudenza della Corte di cassazione sarebbe dotata di un maggiore coefficiente di razionalità, ossia sarebbe idonea a «rendere “razionale” e non “casuale” il pluralismo che sta nelle cose o che si manifesta nel complessivo prodotto giudiziario». In senso contrario, DENTI V., *A proposito di Corte di cassazione e di nomofilachia*, cit., c. 419, il quale rileva che «[s]ottrarre alla Cassazione il compito di unificazione della giurisprudenza comporta necessariamente sottrarle anche quello di individuare l'esatta interpretazione della legge», sicché risulterebbe eliminata «puramente e semplicemente» la funzione di nomofilachia dall'ordinamento interno, perché la Cassazione verrebbe ridotta «al livello di un qualsiasi giudice, cui i repertori di giurisprudenza somministrano i materiali per ricostruire quella che ritiene la più plausibile interpretazione della norma».

<sup>378</sup> L'*esattezza* del prodotto interpretativo presuppone che esso sia il frutto di un procedimento e di un ragionamento preciso e rigoroso, ossia il frutto di un metodo di calcolo. La terminologia utilizzata dal legislatore nell'art. 65 è coerente con la tradizionale dottrina positivista per cui «l'interpretazione della norma è il risultato di un calcolo concettuale a struttura deduttiva» nonché con la teoria del sillogismo giudiziale, secondo cui «la decisione è il risultato oggettivo di un calcolo deduttivo» dove non vi è spazio per scelte soggettive del giudice. Con specifico riferimento alla Cassazione, tale teoria postula l'idea che la Corte abbia «una sorta di monopolio della verità nell'interpretazione della legge, e che tale verità sia conseguita in modo «oggettivo», neutrale e fondato solo su ragioni logiche» (le parole tra virgolette sono tutte di TARUFFO M., *La Corte di cassazione e la legge*, cit., pp. 68, 69 e 85). Il superamento della teoria positivista pura implica la messa in discussione delle complementari teorie deduttive dell'interpretazione e del sillogismo giudiziale, le quali danno un senso al termine *esatto* riferito all'interpretazione. Premesso ciò, una rilettura dell'art. 65 è offerta da TARUFFO M., *op. cit.*, p. 93, il quale afferma che «la nomofilachia riguarda l'individuazione dell'interpretazione giusta sulla base di criteri generali, e destinato a valere oltre il singolo caso concreto che ha dato occasione all'interpretazione di una determinata norma». Il pensiero dell'A. (in *op. cit.*, pp. 88 ss.) – e soprattutto le premesse della rinnovata funzione nomofilattica – può essere così sintetizzato: *a*) l'interpretazione «non è ricognizione, ma decisione interpretativa»; *b*) l'interpretazione non può essere esatta bensì *giusta*, ossia fondata «sull'impiego corretto di criteri di scelta non cogenti ma accettabili»; *c*) dunque, la nomofilachia è «scelta dell'interpretazione sorretta dalle migliori ragioni, siano esse logiche, sistematiche o valutative» e attiene alla «giustizia del metodo» d'interpretazione della legge; *d*) infine, si ha «giustizia metodica» della decisione «quando questa è ragionevolmente giustificata sia sotto il profilo interno (della



Il disegno istituzionale della Costituzione e le profonde trasformazioni del sistema politico/sociale ad esse coeve provocano la crisi del modello giudiziario imperante negli anni trenta e quaranta, ispirato ad un netto riparto di funzioni tra giudici di merito e giudice di legittimità e legato ad una rigida struttura piramidale della giustizia<sup>379</sup>. La tradizionale configurazione del rapporto Cassazione/giudici di merito inizia a scricchiolare in conseguenza della totale liberazione dei secondi da ogni soggezione organica alla prima<sup>380</sup> e del riconoscimento, nella carta costituzionale, del principio secondo cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge, distinguendosi tra di loro soltanto per diversità delle funzioni. Il potere giudiziario «diventa diffuso e tendenzialmente egualitario»<sup>381</sup>, atteso che «la più importante funzione di nomofilachia, cioè quella che attiene alla legittimità costituzionale delle leggi, non appartiene più al giudice ordinario e quindi alla Corte di cassazione»<sup>382</sup>, la quale «è posta su di un piede di parità con tutti gli altri giudici, partecipando del medesimo potere di attivazione ad essi attribuiti»<sup>383</sup>.

Ora, se l'assetto politico e istituzionale prefigurato dalla Costituzione introduce elementi assai diversi rispetto alle logiche istituzionali sottese all'organizzazione giudiziaria degli anni quaranta – e tradottesi, in termini positivi, nell'ordinamento giudiziario del 1941 – il processo di integrazione europeo introduce delle vere e proprie linee di fratture.

Ed invero, il riconoscimento del potere/dovere per tutti i giudici di saggiare la conformità della legge alla Costituzione, provocando l'eventuale controllo di legittimità, faceva già vacillare la struttura piramidale dell'ordinamento della giustizia e la configurazione del giudice del merito quale giudice del fatto deputato alla mera

---

coerenza tra premesse e conclusioni) sia sotto il profilo esterno (della fondatezza ed accettabilità delle premesse)».

<sup>379</sup> Sulla connessione tra il modello della Cassazione pura e la struttura verticistica del potere giudiziario, v. TARUFFO M., *Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie*, cit., spec. pp. 47 e 48 e VERDE G., *In difesa dello jus litigatoris (sulla Cassazione come è e come si vorrebbe che fosse)*, cit., p. 9.

<sup>380</sup> FRANCESCHELLI M., *Nomofilachia e Corte di cassazione*, cit., p. 40.

<sup>381</sup> SENESE S., *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, in *Foro it.*, 1987, V, c. 256 ss., spec. c. 262.

<sup>382</sup> FRANCESCHELLI M., *Nomofilachia e Corte di cassazione*, cit., p. 40.

<sup>383</sup> SENESE S., *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, cit., c. 263.

attuazione del diritto<sup>384</sup>. Oggi tale ultima impostazione può dirsi definitivamente superata in conseguenza del *dovere*, imposto indistintamente e in misura eguale a tutti i giudici dell'ordinamento, di garantire l'attuazione del diritto dell'Unione e di risolvere direttamente le antinomie tra quest'ultimo e il diritto interno.

Il compito del giudice del merito non è più quello di dare attuazione ad un ordine giuridico preesistente e relativamente statico, che trova nella legge la sua principale espressione, ma è piuttosto quello di tentare l'unificazione, la sintesi tra due distinti ordinamenti, di superare le antinomie esistenti tra l'ordinamento interno e il diritto dell'Unione, al fine di cogliere la regola di diritto applicabile al caso di specie<sup>385</sup>.

### 2.6.3 *Il processo di integrazione europeo e il rischio di un ridimensionamento della funzione di nomofilachia delle Corti di vertice.*

Le considerazioni che precedono devono essere accompagnate da due ulteriori rilievi.

Anzitutto, il processo di integrazione europeo, se da una parte generalizza la concezione oggettiva della garanzia, dall'altro è suscettibile di comportare un ridimensionamento del ruolo istituzionale dell'organo posto al vertice della piramide

---

<sup>384</sup> Cfr. FRANCESCHELLI M., *Nomofilachia e Corte di cassazione*, cit., p. 41, secondo cui la funzione di nomofilachia deve essere intesa come funzione *collettiva*, coinvolgente l'intera magistratura.

<sup>385</sup> Secondo la prospettiva appena tracciata, forse le uniche rilevanti differenze che continuano a sussistere tra il giudice del merito e il giudice di legittimità sono rappresentate dal diverso raggio di operatività delle rispettive pronunce e, naturalmente, dalla maggiore efficacia persuasiva delle sentenze della Cassazione. Ed invero, il giudice del merito si avvale di un modello di decisione che privilegia gli elementi che consentono la migliore soluzione della controversia sottoposta alla sua cognizione. La decisione della questione di diritto è il frutto di elementi individualizzanti ed è modellata sulle peculiarità della fattispecie concreta, sicché la *ratio decidendi* tende ad avere un raggio di operatività piuttosto circoscritto. Al contrario, il giudice di legittimità si avvale, o dovrebbe avvalersi, di un modello di decisione che tende a privilegiare la questione di diritto di ordine generale, onde offrire una soluzione passibile di più ampie applicazioni. Di conseguenza, la sua pronuncia presenta un raggio di possibile operatività sicuramente più ampio. Sui modelli di decisione del giudice del merito e di quello di legittimità si rinvia a TARUFFO M., *La Corte di cassazione tra legittimità e merito*, in *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, cit., 101 ss., spec. 109.

giurisdizionale, ossia di quello tradizionalmente e originariamente deputato al perseguimento dell'interesse generale.

Ed invero, i meccanismi «in grado di garantire la piena efficacia delle norme dell'Unione»<sup>386</sup> sono fisiologicamente rivolti alle sentenze delle Corti di vertice, non anche a quelle dei giudici di merito<sup>387</sup>. In secondo luogo – ed è questo un profilo rilevante per tutti gli ordinamenti, come quello italiano, che prevedono un vincolo giuridico per giudice di rinvio all'osservanza del principio di diritto fissato dall'organo di vertice con funzione di nomofilachia – il giudice del rinvio potrebbe legittimamente ritenere non vincolante il principio di diritto laddove in contrasto con una norma dell'Unione o con una sentenza interpretativa<sup>388</sup> della Corte di giustizia.

---

<sup>386</sup> Cfr. Corte di giustizia, parere 1/09, dell'8 marzo 2011, cit., punto 82.

<sup>387</sup> Rinviando ad altra sede l'analisi delle condizioni in presenza delle quali una pronuncia contraria al diritto dell'Unione possa determinare l'assoggettabilità dello Stato alla procedura di infrazione e la responsabilità risarcitoria del medesimo Stato membro per il ristoro dei danni arrecati ai singoli (cfr. par. 1.7 e 1.8), si possono in questa sede richiamare le linee essenziali dei menzionati «profili sanzionatori», onde dimostrare la fisiologica rilevanza delle sole pronunce dei giudici di legittimità. Ed invero, la sentenza *Köbler*, che costituisce ancora oggi il principale riferimento in relazione alle condizioni sostanziali costitutive della responsabilità risarcitoria dello Stato per atto imputabile ad un organo giurisdizionale interno, circoscrive espressamente la portata del principio risarcitorio ai soli atti e provvedimenti imputabili agli organi giurisdizionali di ultima istanza. Quanto al secondo meccanismo sanzionatorio, vale a dire l'assoggettabilità dello Stato alla procedura di infrazione, vi è da rilevare che la Corte di giustizia non ha mai espressamente circoscritto la ammissibilità della procedura alle violazioni del diritto dell'Unione imputabili agli organi giurisdizionali di ultima istanza, anche se non trascurabili considerazioni di ordine generale inducono a ritenere che la responsabilità comunitaria dello Stato difficilmente possa sorgere in presenza di un orientamento contrario al diritto dell'Unione ma riferibile alla sola giurisprudenza di merito. Ed invero, orientamenti della giurisprudenza di merito incompatibili con il diritto dell'Unione o con pronunce interpretative della Corte di giustizia *a)* possono essere corretti nell'ambito della piramide impugnatoria interna e *b)* sono cristallizzati in pronunce che non sono assistite dall'efficacia persuasiva propria delle sentenze del giudice di legittimità, sicché non sono suscettibili di fissare un orientamento realmente idoneo a compromettere l'effetto utile del diritto dell'Unione. Inoltre, il giudice del merito non è obbligato ad interrogare pregiudizialmente la Corte di giustizia in presenza di dubbi ermeneutici rilevanti *ex art. 267 TFUE* – ferma la obbligatorietà generalizzata ove dovessero sorgere questioni pregiudiziali di validità – sicché è libero di risolvere autarchicamente le questioni ermeneutiche comunitarie, anche se ciò possa tradursi nella inesatta risoluzione della questione di diritto.

<sup>388</sup> Un discorso a parte va svolto in relazione alle sentenze della Corte lussemburghese rese all'esito del procedimento pregiudiziale di validità. Un potenziale contrasto tra il principio di diritto e la sentenza pregiudiziale di validità

Su quest'ultimo profilo è necessario spendere qualche parola, anche perché si tratta di un terreno non del tutto esplorato nella giurisprudenza comunitaria<sup>389</sup>.

---

può ipotizzarsi, ad esempio, laddove il principio di diritto riguardi una normativa nazionale attuativa di una direttiva la cui invalidità sia stata accertata da una successiva pronuncia della Corte di giustizia. In questo caso, il giudice del rinvio dovrà sollevare la questione pregiudiziale di validità laddove sospetti l'invalidità della disposizione dell'Unione (indirettamente) rilevante, senza che costituisca un ostacolo la circostanza che con il rinvio pregiudiziale di validità si finisca per mettere in discussione la *quaestio iuris* coperta dal principio di diritto (sulla generalizzata obbligatorietà del rinvio pregiudiziale laddove il giudice nazionale sospetti l'invalidità della normativa dell'Unione, v. la nota sentenza Corte di giustizia, sentenza 22 ottobre 1987, causa C-314/85, *Foto-Frost contro Hauptzollamt Lübeck-Ost*). Inoltre, in conseguenza dell'eventuale e sopravvenuto accertamento dell'invalidità della normativa dell'Unione, il principio di diritto non potrà essere applicato né dal giudice del rinvio che abbia effettuato il rinvio pregiudiziale di validità, né dal giudice del rinvio laddove la sentenza della Corte di giustizia sia stata emessa all'esito di una rimessione pregiudiziale da altri effettuata. Nella prospettiva della prevalenza della pronuncia di accoglimento della questione pregiudiziale di validità sul principio di diritto, la situazione sembra essere non dissimile da quella che si verifica per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione a cui si riferisce il principio di diritto, che determina il venir meno di quest'ultimo. Invero, al riguardo la Corte costituzionale è solita affermare che l'efficacia vincolante del principio di diritto nel giudizio di rinvio opera con esclusivo riferimento all'interpretazione del contenuto della norma, non anche con riferimento alla sua validità costituzionale (cfr. Corte cost., 4 giugno 2010, n. 197; Corte cost., 30 luglio 2008, n. 305; Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349; Corte cost., 24 febbraio 1995, n. 58, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1757). Vero è che solo la sentenza resa *principaliter ex artt.* 263 e 264 è idonea a condurre ad una sentenza costitutiva con effetti abrogativi (dunque, con effetti analoghi a quelli di una sentenza di illegittimità costituzionale), ma è anche vero che la sentenza che accerti l'invalidità di un atto dell'Unione è generalmente considerata idonea a far sorgere un dovere, con valenza *erga omnes*, di non applicazione dell'atto in questione (v. i rilievi svolti in precedenza). Sicché la situazione sembra essere *sostanzialmente* analoga da quella che si verifica a seguito della sopravvenuta sentenza dichiarativa dell'illegittimità costituzionale; vale a dire, non vi sarebbe un reale contrasto in quanto il principio di diritto vincola il giudice del rinvio quanto all'interpretazione fornita dalla Cassazione, non già quanto alla validità della norma parametro (dell'Unione), atteso che l'accertamento della sua (in)validità è di competenza esclusiva della Corte di giustizia.

<sup>389</sup> Nelle righe successive si farà riferimento al contrasto tra il principio di diritto e la pronuncia ermeneutica della Corte di giustizia riguardante una disposizione dell'Unione non sopravvenuta rispetto al principio di diritto. Al contrario, laddove la pronuncia ermeneutica riguardi una disposizione dell'Unione sopravvenuta non si è in presenza di un reale conflitto, ma più esattamente di una sopravvenienza normativa che determina il superamento del principio di diritto (D'ALESSANDRO E., *Il procedimento pregiudiziale interpretativo*, cit., p. 330; sulla sensibilità del

Gli unici dati offerti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sono rappresentati dalle sentenze *Rheinmühlen-Düsseldorf*<sup>390</sup> e *Georgi Ivanov Elchinov*<sup>391</sup>. Nella prima si afferma che l'efficacia vincolante del principio di diritto non può privare il giudice del rinvio della facoltà di proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia onde richiedere una interpretazione delle norme comunitarie su cui vertono le valutazioni giuridiche compiute dall'autorità giurisdizionale di vertice con funzione di nomofilachia<sup>392</sup>. Nella seconda, dopo aver

---

principio di diritto allo *jus superveniens*, GAMBINERI B., *Giudizio di rinvio*, cit., p. 263). Occorre, inoltre, tenere distinta la *quaestio* considerata nel corpo del testo – relativa all'efficacia del principio di diritto allorché incompatibile con il diritto dell'Unione – rispetto a quella riguardante l'autonomia della sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, rispetto all'Adunanza plenaria, nel proporre questioni pregiudiziali innanzi alla Corte del Lussemburgo. Quest'ultima questione è affrontata dalla Corte di giustizia con la sentenza 5 aprile 2016, causa C-689/14, *Puligenica Facility Esco*, in *Urb. app.*, 2016, p. 1080, con nota di LAMBERTI C., *La Corte di giustizia promuove l'interesse strumentale e il suo ruolo d'interprete (unica) del diritto europeo*. In particolare, il giudice *a quo* chiedeva di accertare se l'art. 267 TFUE ostacolasse l'applicazione di una disposizione di diritto nazionale quale quella di cui all'art. 99, comma 3, c.p.a. – in virtù della quale la sezione semplice del Consiglio di Stato è tenuto ad applicare i principi di diritto enunciati dall'Adunanza Plenaria, salva facoltà, quando intenda discostarsi da detti principi, di rimettere le questioni alla medesima Adunanza Plenaria, onde sollecitare un *revirement* della sua giurisprudenza – nella misura in cui la disposizione, anche rispetto alle questioni afferenti all'interpretazione e alla validità del diritto dell'Unione, imponga alla sezione semplice, che non condivida il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, di rinviare a quest'ultima la questione e non già alla Corte di giustizia, ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale. Nella sentenza si afferma che la facoltà o l'obbligo, a seconda dei casi, di adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale non possono essere ostacolati da norme nazionali, di natura legislativa o giurisprudenziale. Ne consegue che l'art. 267 deve essere interpretato nel senso che limita l'applicazione di una disposizione nazionale quale quella di cui al procedimento principale – art. 99, comma 3, c.p.a. – nella misura in cui, relativamente ad una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, impone ad un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'Adunanza Plenaria di tale organo, di adire quest'ultimo e non la Corte di giustizia ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale. In dottrina, v. PALLADINO R., *Portata dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, rapporti tra giurisdizioni ed effettività del diritto dell'Unione europea tra vecchie e nuove questioni*, in *www.federalismi.it*, 12 luglio 2017, spec. p. 17 ss.

<sup>390</sup> Corte di giustizia, sentenza 16 gennaio 1974, causa C-166/73, *Rheinmühlen-Düsseldorf contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

<sup>391</sup> Corte di giustizia, sentenza 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Georgi Ivanov Elchinov contro Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa*.

<sup>392</sup> Corte di giustizia, sentenza *Rheinmühlen-Düsseldorf*, cit., punto 4. La sentenza afferma, inverso: «una norma di diritto interno che vincola i tribunali non di

ribadito la perdurante facoltà del giudice del rinvio di adire la Corte di giustizia, si afferma che «il giudice nazionale, che abbia esercitato la facoltà ad esso attribuita dall'art. 267, secondo comma, TFUE, è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione delle disposizioni in questione fornita dalla Corte e deve eventualmente discostarsi dalle valutazioni dell'organo giurisdizionale di grado superiore qualora esso ritenga, in considerazione di detta interpretazione, che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione»<sup>393</sup>.

Dunque, la sentenza *Rheinmühlen-Düsseldorf* attribuisce al giudice del rinvio il potere di tornare sulla *quaestio iuris* coperta dal principio di diritto, mentre la sentenza *Georgi Ivanov Elchinov* si occupa di un momento logicamente successivo, consentendo la *disapplicazione*<sup>394</sup> del principio di diritto laddove, in conseguenza della sentenza interpretativa della Corte di giustizia, ne risulti la sua incompatibilità con il diritto dell'Unione<sup>395</sup>.

---

ultimo grado al rispetto di valutazioni giuridiche emananti da un giudice di grado superiore, non può privare detto giudici della facoltà di richiedere alla Corte di giustizia l'interpretazione pregiudiziale delle norme di diritto comunitario sulle quali vertono le valutazioni giuridiche di cui sopra»; ed ancora «il giudice che non si pronuncia in ultimo grado, qualora ritenga che il vincolo a rispettare le valutazioni contenute nella sentenza di rinvio del tribunale superiore possa risolversi in pratica in una sentenza incompatibile con il diritto comunitario, deve rimanere libero di interpellare la Corte di giustizia sui punti che gli paiono nebulosi». Diversamente opinando, infatti, «ne verrebbero pregiudicate la competenza [della Corte di giustizia] a pronunciarsi in via pregiudiziale e l'applicazione del diritto comunitario in ogni grado di giudizio dinanzi alle magistrature degli Stati membri».

<sup>393</sup> Corte di giustizia, sentenza *Georgi Ivanov Elchinov*, cit., punto 30.

<sup>394</sup> La disapplicazione del principio di diritto consentirebbe di tenere distinta la sentenza interpretativa della Corte di giustizia dallo *jus superveniens*. Invero, quest'ultimo travolge il provvedimento dell'organo di vertice con funzione di nomofilachia contenente il principio di diritto, laddove la prima mantiene formalmente in vita il predetto provvedimento, provocandone però la non applicazione. Sul punto anche D'ALESSANDRO E., *Il procedimento pregiudiziale interpretativo*, cit., p. 331, nota 40.

<sup>395</sup> È bene rilevare che nell'ipotesi considerata il risultato non cambia in base alla teoria degli effetti delle pronunce ermeneutiche della Corte di giustizia a cui si aderisce, le quali influiscono solo sulle ragioni che giustificano tale prevalenza. Invero, aderendo alla teoria della efficacia panprocessuale, la prevalenza della sentenza resa all'esito del rinvio pregiudiziale di interpretazione rispetto al principio di diritto deriverebbe dall'essere la prima successiva sotto il profilo cronologico rispetto alla seconda. Diversamente, aderendo alla teoria della *autorité de la chose interprétée* la prevalenza della sentenza della Corte di giustizia deriverebbe

Entrambe le sentenze si occupano del ridimensionamento dell'efficacia del principio di diritto in conseguenza di una pronuncia della Corte di giustizia resa all'esito di un rinvio effettuato *in quello stesso processo*. Ben diversa è la questione – del tutto inesplorata dalla giurisprudenza comunitaria – della eventuale relativizzazione del principio di diritto che risulti incompatibile con il diritto dell'Unione a seguito di una pronuncia ermeneutica della Corte di giustizia resa all'esito di una rimessione pregiudiziale effettuata *in un distinto processo*. Qui si è tentati di rispondere che la soluzione dipende dalla natura e dall'efficacia che si attribuisce alle sentenze interpretative della Corte di giustizia.

Se si aderisce alla tesi dell'efficacia panprocessuale della pronuncia ermeneutica della Corte di giustizia (cfr. *supra*, tesi *b*), dovrebbe logicamente sostenersi che il vincolo all'osservanza del principio di diritto potrebbe venir meno unicamente in caso di nuova rimessione pregiudiziale da parte dell'autorità giurisdizionale di rinvio, perché solo in questo caso la sentenza della Corte di giustizia spiegherebbe efficacia vincolante nei confronti di tale giudice, prevalendo rispetto alla regola di diritto enunciata dal giudice di vertice con funzione di nomofilachia, perché successiva<sup>396</sup>. Dunque, ove tale nuova rimessione manchi e il giudice del rinvio disapplichì il principio di diritto, la sentenza sarebbe censurabile in Cassazione per *error in procedendo*.

---

dall'applicazione del principio del primato (cfr. in proposito quanto si dirà a breve nel testo).

<sup>396</sup> Tuttavia, D'ALESSANDRO E., *op. ult. cit.*, spec. pp. 334 e 335; ID., *Il giudizio di rinvio*, in LUIO F. P. – VACCARELLA R., *Le impugnazioni civili*, Torino, 2013, p. 495 ss., spec. p. 533, pur sostenendo la tesi della efficacia panprocessuale, giunge al medesimo risultato della teoria della *autorité de la chose interprétée* (cfr. a breve nel testo) sulla base di ragioni di opportunità. Ed invero, si afferma che l'applicazione coerente della teoria dell'efficacia panprocessuale farebbe sì che al fine di superare il principio di diritto il giudice del rinvio sarebbe tenuto ad una nuova rimessione pregiudiziale, pur trattandosi di giudice non di ultima istanza (dunque, non obbligato al rinvio ai sensi dell'art. 267 TFUE) e benché la rimessione sia volta a proporre un quesito analogo ad altro già affrontato, destinato ad essere deciso con ordinanza. Dunque, «[p]oiché quello appena illustrato appare un risultato irragionevole, sembra preferibile ritenere che, anche in presenza di un precedente della Corte di giustizia emesso all'esito di un giudizio pregiudiziale interpretativo sollevato dall'autorità giurisdizionale di altro processo, il principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione sia cedevole di fronte alla supremazia della normativa europea e che, dunque, non incorra in un *error in procedendo* il giudice del rinvio che se ne discosti per fare applicazione di una sentenza interpretativa della Corte di giustizia avente ad oggetto un quesito analogo a quello a cui si riferiva il primo».

Al contrario, ove si aderisca alla tesi della *autorité de la chose interprétée*, il principio di diritto enunciato dal giudice di legittimità potrebbe essere legittimamente disapplicato<sup>397</sup> anche in assenza di una nuova rimessione pregiudiziale, in nome della *primauté* del diritto dell'Unione. Ed invero, se la pronuncia ermeneutica della Corte di giustizia chiarisce e precisa il significato e la portata della norma dell'Unione, formando un tutt'uno con quest'ultima – dunque con efficacia *erga omnes* – si tratterebbe più correttamente di disapplicare la normativa nazionale che impone al giudice del rinvio l'osservanza del principio di diritto (nel nostro ordinamento, l'art. 384, comma 1, c.p.c.) laddove l'operatività della medesima impedisca l'applicazione della disposizione dell'Unione oggetto d'interpretazione. In altri termini, si sarebbe in presenza di una antinomia – sia pure atipica – tra due disposizioni (l'art. 384 c.p.c. o altra disposizione analoga, da una parte, e la disposizione dell'Unione oggetto di interpretazione, dall'altra) superabile attraverso l'applicazione del principio del primato. In questo caso, una eventuale contestazione circa la legittima disapplicazione del principio di diritto potrebbe sorgere solo laddove si affermi che non sia riscontrabile siffatta antinomia, perché il giudice ha erroneamente ritenuto che il principio di diritto e la sentenza interpretativa della Corte di giustizia riguardino *quaestio iuris* affini, contestazione la quale darebbe luogo ad una censura in Cassazione per *error in iudicando*.

La teoria appena esaminata, la quale – come visto, è quella dominante nella giurisprudenza della Corte di giustizia e nella giurisprudenza interna<sup>398</sup> – ha l'effetto di introdurre una nuova

---

<sup>397</sup> Ossia, non incorre in *error in procedendo* il giudice del rinvio che disapplica il principio di diritto al fine di dare attuazione alla pronuncia esegetica della Corte di giustizia benché resa all'esito di un rinvio pregiudiziale proposto in un distinto processo nazionale, sempre che la pronuncia riguardi una *quaestio iuris* affine a quella oggetto del principio di diritto.

<sup>398</sup> La giurisprudenza di legittimità afferma che il giudice del rinvio deve osservare il precedente della Corte di giustizia emanato in un altro procedimento dopo l'enunciazione del principio di diritto, perché tale pronuncia sarebbe da considerarsi *jus superveniens* (DALFINO D., *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio dell'accertamento delle "fattispecie preliminari"*, Torino, 2008, p. 206, nota 261). Cfr. in particolare, Cass., sez. trib., 24 maggio 2005, n. 10939, in banca dati *Pluris Cedam*, dove si legge «anche nel giudizio di rinvio e nelle sue successive fasi devono trovare ingresso le questioni relative allo *jus superveniens*, nel quale devono essere ricomprese anche le pronunce della Corte di Giustizia, siano rese a titolo pregiudiziale ovvero, come nel caso di specie, a seguito di procedura d'infrazione. In altri termini, lo *jus superveniens*, ivi comprese le



circostanza di permeabilità del principio di diritto, che si aggiunge allo *jus superveniens* e alla dichiarazione di incostituzionalità della legge sulla cui base è stato pronunciato il principio di diritto<sup>399</sup>.

Il secondo rilievo, conclusivo, è di più ampio respiro. L'apertura sovranazionale dell'ordinamento giuridico, se nella prospettiva interna contribuisce ad introdurre coefficienti di diffusione della funzione di garanzia oggettiva, nella prospettiva eurounitaria determina, all'inverso, la verticalizzazione del rapporto tra la Corte di giustizia e gli organi giurisdizionali interni. Vero è che i trattati sembrano propendere per un modello orizzontale e cooperante<sup>400</sup>, atteso che la funzione ermeneutica è svolta attraverso il coinvolgimento *aliunde* della Corte di giustizia e non già attraverso il meccanismo prevalente negli Stati membri e basato sulla piramide impugnatoria; ma è anche vero che l'attribuzione della funzione di nomofilachia pare logicamente presupporre la collocazione della Corte titolare al vertice della struttura giurisdizionale<sup>401</sup>. Diversi elementi (alcuni dei quali già

---

pronunce della Corte di Lussemburgo, da luogo ad una modificazione del principio di diritto enunciato dalla sentenza di cassazione con rinvio». Sulla non equiparabilità della sentenza interpretativa della Corte di giustizia allo *jus superveniens* si v. quanto si dirà a breve in nota.

<sup>399</sup> La pronuncia interpretativa della Corte di giustizia costituisce una circostanza di permeabilità del principio di diritto che *si aggiunge* allo *jus superveniens* perché la medesima «chiarisce e precisa, quando ve ne sia bisogno, il significato e la portata della norma [dell'Unione], quale deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata *dal momento della sua entrata in vigore*» (oltre alla giurisprudenza già citata, v. anche Corte di giustizia, sentenza 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz NV contro Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, punto 20, corsivo aggiunto). Dunque, secondo tale impostazione, la pronuncia interpretativa si incorpora alla norma interpretata con valenza retroattiva, laddove lo *jus superveniens* ha per definizione una valenza innovativa. Ne consegue che i due elementi non sono sovrapponibili, o meglio che la sentenza interpretativa della Corte di giustizia non può essere equiparata allo *jus superveniens*, come sostiene invece la giurisprudenza interna.

<sup>400</sup> DÁMASO RUIZ-JARABO C., *La articulación de los tribunales de la Unión europea y la estructura judicial de los Estados miembros*, in GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE (dir.) – ALONSO GARCÍA R. (coord.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, 2002, p. 510.

<sup>401</sup> Questo profilo ha interessato soprattutto la dottrina castigliana, la quale ha tentato una ricostruzione del modello di organizzazione del potere giudiziale attualmente vigente e che affiorerebbe dalle più importanti manifestazioni della giurisprudenza comunitaria relative al rapporto istituzionale esistente tra il giudice interno e la Corte di giustizia. Cfr. in particolare, SARMIENTO D., *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid, 2004; SOCA TORRES I., *La cuestión prejudicial europea. Planteamiento y*

analizzati nel presente capitolo) sembrano propendere per la progressiva verticalizzazione del rapporto esistente tra gli organi giurisdizionali nazionali e la Corte di giustizia, tra cui, in particolare, l'estensione del perimetro dell'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale, anche in via di superamento del dettato positivo<sup>402</sup>, nonché il progressivo delinearli di profili sanzionatori conseguenti alla violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale<sup>403</sup> nonché alla manifesta ignoranza della giurisprudenza della Corte<sup>404</sup>.

---

*competencia del Tribunal de Justicia*, cit., pp. 29 ss. e pp. 103 ss. Il primo, in particolare, introduce l'analisi partendo dalla esposizione di tre modelli di organizzazione del potere giudiziario, intesi come categorie astratte o tipi ideali weberiani: un *modello orizzontale e di cooperazione formale*, dove gli organi giurisdizionali coinvolti nel dialogo ricoprono la medesima posizione istituzionale, essendo diversificati tra di loro solo in punto di attribuzioni funzionali; un *modello verticale*, che eleva la Corte di giustizia a organo giurisdizionale superiore o costituzionale; infine, un *modello discorsivo e dialogante*, che evoca la teoria dell'azione comunicativa di Habermas (sui modelli astratti di organizzazione del potere giudiziario v. spec. RUIZ-JARABO COLOMER D., *Prólogo*, in SARMIENTO D., *Poder judicial e integración europea*, cit., p. 29). Ad avviso degli autori menzionati, il modello cooperante, seppur presente agli esordi della Comunità, sembra definitivamente superato. Invero, dall'analisi della giurisprudenza comunitaria affiorerebbe, piuttosto, un *modello verticale*, ispirato ad uno schema *lato sensu* federale, che gerarchizza la relazione esistente tra la Corte di giustizia e gli organi giurisdizionali nazionali e monopolizza il discorso giuridico in capo alla prima. Tale modello troverebbe conferma, ad esempio, nelle sentenze che ampliano i confini dell'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale o nella giurisprudenza in tema di autonomia processuale, che sottopone gli ordinamenti giurisdici nazionali al ferreo controllo della Corte di giustizia quanto al rispetto dei principi di equivalenza e di effettività

<sup>402</sup> Il riferimento è alle questioni pregiudiziali di validità, laddove – come visto – l'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale prescinde dalla collocazione del giudice nazionale nella piramide impugnatoria interna, rilevando solo la distinzione in ordine ai possibili esiti solutori della questione pregiudiziale (cfr. sentenze *Foto-Frost* e *Gaston Schul*, entrambe già citate).

<sup>403</sup> Cfr. Corte di giustizia, sentenza 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione europea contro Repubblica francese*, la quale fugge ogni dubbio in ordine alla possibilità di considerare la violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale una sufficiente componente strutturale dell'inadempimento rilevabile a mezzo di procedura di infrazione.

<sup>404</sup> Cfr. Corte di giustizia, sentenza *Köbler*, cit., secondo cui l'ignoranza manifesta della giurisprudenza comunitaria in materia è da considerarsi elemento atto a presumere la sussistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata, la quale costituisce il secondo presupposto della responsabilità risarcitoria dello Stato membro per atto imputabile ad un organo giurisdizionale.

## 2.7 Conclusioni.

La giurisprudenza della Corte di giustizia poc'anzi analizzata incide, in diversa misura, sull'architettura giurisdizionale dell'Unione, attraverso opzioni ermeneutiche innovative e, talvolta, correttive del dettato dell'art. 19, par. 1, TUE. Giurisprudenza, la quale, è connotata da una duplice prospettiva: da una parte, l'apertura ad un sindacato diretto del giudice dell'Unione sullo *status* degli organi giurisdizionali interni e sui profili strutturali dell'ordine giudiziario degli Stati membri, il quale sindacato è motivato dalla inclusione dei predetti organi nella cornice istituzionale dell'Unione; dall'altra l'affermazione della contitolarità della funzione di assicurare «il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati».

Traendo le fila dell'analisi, si assiste ad un consolidamento della posizione istituzionale del giudice nazionale nel quadro giurisdizionale dell'Unione e ad un ampliamento delle sue attribuzioni, le quali, originariamente ancorate alla effettività *della tutela* giurisdizionale dei diritti di derivazione comunitaria, risultano oggi connesse alla garanzia dell'effettività *del diritto* dell'Unione complessivamente inteso. Richiamando quanto già rilevato approfonditamente innanzi, nella prospettiva del diritto dell'Unione si verifica ciò che nella struttura giurisdizionale degli Stati membri è tendenzialmente immaginato in relazione alle sole Corti di vertice della piramide impugnatoria, vale a dire la coesistenza in capo al medesimo organo della funzione di garanzia del diritto oggettivo (*ius constitutionis*) con quella di garanzia dell'interesse specifico dei ricorrenti (*ius litigatoris*)<sup>405</sup>.

Astraendo dalle singole questioni e guardando la giurisprudenza della Corte di giustizia in una prospettiva sistematica, si ricava il principio dell'insurrogabilità degli organi giurisdizionali interni, principio motivato da ragioni diverse e solo in parte connesse alla questione della legittimazione al rinvio pregiudiziale. Anzitutto,

---

<sup>405</sup> Questa impostazione è, peraltro, coerente con il sistema dei limiti all'autonomia processuale degli Stati membri e con la portata attualmente acquisita dal canone di effettività. Invero, molte delle sentenze che incidono sulla disciplina processuale nazionale, relativizzando l'autonomia degli Stati membri, sono connesse all'esigenza di assicurare il funzionamento dei meccanismi giurisdizionali dell'Unione e/o le competenze delle sue istituzioni, risultando il parametro di effettività rivestito di una connotazione sempre più autonoma rispetto al diritto alla effettività della tutela giurisdizionale.

l'operato del giudice nazionale è soggettivamente imputabile allo Stato membro di appartenenza ed è, dunque, sottoposto ai meccanismi di correzione delle violazioni del diritto dell'Unione, primo tra tutti la violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, come ridefinito dalla giurisprudenza della Corte lussemburghese<sup>406</sup>. In secondo luogo, il giudice nazionale è vincolato ad una precisa gerarchia normativa incardinata attorno alla *primauté* del diritto dell'Unione<sup>407</sup>; profilo – quest'ultimo – che si ricava tra le righe delle pronunce sulla incompatibilità dei sistemi internazionali di risoluzione delle controversie. Invero, i principi strutturali dell'ordinamento dell'Unione, quali il primato, l'effetto diretto e l'obbligo di interpretazione conforme, fungono da imperativi categorici rivolti soprattutto al giudice nazionale, quale *juez comunitario de derecho común*<sup>408</sup>.

Da altro punto di vista, il quadro giurisprudenziale tracciato nelle pagine precedenti, pur nella sua varietà e complessità, è legato ad un unico filo conduttore, che consiste nel rafforzare l'effettività del meccanismo pregiudiziale.

Invero, la giurisprudenza sulla incompatibilità dei sistemi di risoluzione delle controversie esterni al quadro giurisdizionale dell'Unione è motivata dall'assenza di margini di operatività del rinvio pregiudiziale nell'articolazione procedimentale (*Achmea*) o dalla non coercibilità dell'obbligo del rinvio pur originariamente previsto (parere 1/09).

Inoltre, la giurisprudenza che, attraverso l'art. 19 TUE, apre la strada ad un sindacato della Corte di Lussemburgo sulla organizzazione della giustizia e sullo *status* dei giudici interni, è legata

---

<sup>406</sup> Nel duplice senso dell'esonero all'obbligo (dottrina *Da Costa e Cilfit*) e dell'estensione del perimetro dell'obbligatorietà in relazione alle questioni di validità, ove il giudice sospetti l'invalidità di un atto di diritto derivato dell'Unione (dottrina *Foto-frost*).

<sup>407</sup> ALBERTI J., *Il parere della Corte di giustizia sul Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, cit., p. 287.

<sup>408</sup> DÁMASO RUIZ-JARABO C., *El juez nacional como Juez Comunitario*, Madrid, 1993, p. 28 ss. L'Avvocato generale nell'opera menzionata attribuiva ai giudici nazionali un ruolo di primo piano nella costruzione di un ordinamento integrato di fonti normative composite. Ciò in ragione del modo di operare del diritto dell'Unione, stabilmente integrato negli ordinamenti giuridici interni e direttamente invocabile dai singoli (spec. pp. 28 e 32), nonché in considerazione dei principi strutturali di tale ordinamento sovranazionale, vale a dire l'effetto diretto, il primato e il connesso obbligo di disapplicazione, rivolti soprattutto agli organi giurisdizionali interni.

al rilievo che il requisito dell'indipendenza è essenziale per il corretto funzionamento del meccanismo del rinvio pregiudiziale, il medesimo potendo essere attivato solo da un organo che, chiamato ad applicare il diritto dell'Unione, soddisfi il predetto requisito.

Tale giurisprudenza, peraltro, sfrutta la dicitura «organo giurisdizionale» contenuta nell'art. 267 TFUE non solo in termini *selettivi*, ma altresì *precettivi*, in quanto il requisito di indipendenza, da una parte, funge da elemento di cernita degli organi legittimati al rinvio pregiudiziale e, dall'altra, diviene parametro imperativo per tutti gli organi rientranti nel sistema di rimedi giurisdizionali nei settori coperti dal diritto dell'Unione. Profilo, quest'ultimo, la cui potenzialità è già emersa con la sentenza *Banco de Santander*<sup>409</sup>.

Il ruolo degli organi giurisdizionali nazionali – essenziale «alla salvaguardia della natura stessa del diritto dell'Unione»<sup>410</sup> – è da leggersi in funzione del meccanismo pregiudiziale, la cui importanza è ricordata dalla Corte di giustizia in tutte le pronunce poc'anzi esaminate. Invero, la effettività del meccanismo pregiudiziale, strumentale alla preservazione della competenza nomofilattica della Corte di giustizia e, dunque, del carattere unitario dell'ordinamento giuridico dell'Unione, non potrebbe essere perseguita attraverso l'ampliamento della legittimazione al rinvio in favore di organi esterni

---

<sup>409</sup> Invero, al fine di delineare un percorso coerente con la più recente giurisprudenza a tutela dell'indipendenza della magistratura nell'Unione europea, la Corte di giustizia, con la sentenza del 21 gennaio 2020, causa C-274/14, *Banco de Santander*, ha aperto la strada ad un controllo più rigoroso circa la sussistenza del criterio di indipendenza rilevante nella qualificazione dell'organo come «giurisdizione nazionale» ai sensi dell'art. 267 TFUE. Nel dettaglio, la Corte lussemburghese aveva in passato riconosciuto la ricevibilità delle questioni pregiudiziali promosse dai *Tribunales Económico-Administrativos* spagnoli, sebbene facenti parte organicamente dell'apparato amministrativo. Ciò in base al rilievo che il legame con la struttura organizzativa dell'Amministrazione tributaria non fosse di per sé idonea a compromettere l'indipendenza dell'organo, rilevando piuttosto la «separazione di funzioni» tra gli uffici dell'Amministrazione incaricati della gestione, riscossione e liquidazione e i medesimi *Tribunales* (cfr. sentenza del 21 marzo 2000, cause riunite C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa*; criterio riprodotto anche nella sentenza del 21 ottobre 2010, causa C-385/09, *Nidera Handelscompagnie BV*, in relazione alla Commissione per le controversie fiscali lituana). Con la sentenza del gennaio 2020, la Corte di giustizia abbandona il criterio del collegamento funzionale, in favore del collegamento organizzativo, il quale consente di concludere che il *Tribunal Económico Administrativo Central* non è legittimato ad adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale perché difetta il requisito dell'indipendenza.

<sup>410</sup> Corte di giustizia, parere 1/09, cit., punto 89.

alla cornice istituzionale dell'Unione, perché in tal caso non potrebbero operare le ricordate «procedure in grado di garantire la piena efficacia delle norme dell'Unione»<sup>411</sup>.

---

<sup>411</sup> Corte di giustizia, parere 1/09, cit., punto 82.

## SECONDA PARTE

L'IMPUGNAZIONE PER NULLITÀ DEL LODO RITUALE  
IN FUNZIONE DEI MECCANISMI DI GARANZIA  
DELL'EFFICACIA DELLE NORME DELL'UNIONE.





## Capitolo 3

### IMPERATIVITÀ DELLE NORME E PROFILI DI «TECNICA ARBITRALE»: LA FUNZIONE DELL'IMPUGNAZIONE PER NULLITÀ DEL LODO ARBITRALE

SOMMARIO: 3.1 Premessa. – 3.2 La complessa problematica della configurabilità dell'arbitro quale *iudex a quo* rispetto alla Corte di giustizia. – 3.2.1 Gli arbitri e il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*: lo stato dell'arte. – 3.2.2 Il problema della legittimazione al rinvio in relazione all'arbitrato convenzionale. La rilevanza, ai fini qualificatori, dei profili funzionali e organico-strutturali: il dibattito interno sulla legittimazione arbitrale al rinvio innanzi alla Corte costituzionale. – 3.2.3 Alcune precisazioni in ordine all'arbitrato con fonte in un trattato bilaterale a protezione degli investimenti esteri. – 3.2.4 La necessaria esclusione degli arbitri dalla nozione di «giurisdizione» dello Stato: considerazioni finali anche in correlazione con il «principio di condivisione della responsabilità». – 3.3 L'arbitrabilità delle controversie regolate dal diritto dell'Unione e l'influenza di tale ordinamento sulla disciplina processuale in materia di arbitrato. L'arbitrato e le controversie *antitrust*. – 3.3.1 La sentenza *Eco Swiss c. Benetton* e la sua incidenza sul dibattito interno circa l'arbitrabilità delle controversie regolate dal diritto della concorrenza. – 3.4 L'inappagante ricorso alla clausola dell'«ordine pubblico» e gli incerti margini di controllo della decisione arbitrale tra «controllo incisivo» e «controllo esterno non intrusivo». – 3.5 Arbitrato e tutela dei consumatori. – 3.5.1 La dottrina *Mostaza Claro*: la riconduzione della direttiva 93/13/CEE nella nozione di ordine pubblico e la deroga, in materia consumeristica, alla regola della preclusione del potere di impugnazione per mancata eccezione dell'invalidità della convenzione di arbitrato. – 3.5.2 La sentenza *Asturcom* e la problematica dei margini di controllo della natura abusiva della clausola compromissoria nell'ambito dell'esecuzione forzata di un lodo non tempestivamente impugnato. Riflessioni sulla acritica soluzione prospettata dalla legislazione spagnola. – 3.5.3 L'incidenza della sentenza *Asturcom* nell'ordinamento interno e il tema del rapporto tra l'ambito del

controllo demandato al giudice dell'*exequatur* e quello attribuito al giudice dell'impugnazione. – 3.5.4 La rilevanza delle sentenze in materia consumeristica sul tema dei margini di sindacato giurisdizionale in sede di impugnazione della decisione arbitrale. – 3.6 Le nozioni di indisponibilità, inderogabilità, imperatività e ordine pubblico nel dibattito sulla compromettibilità in arbitri e sui margini di sindacato del giudice dell'impugnazione. Alcuni chiarimenti terminologici. – 3.6.1 (Segue) Alcune riflessioni intorno al concetto di «ordine pubblico dell'Unione europea». – 3.7 Conclusioni di breve periodo. – 3.8 La doverosa differenziazione tra «tutela arbitrale» e «tecnica arbitrale». Ipotesi ricostruttive alla luce del diritto interno. – 3.8.1 La sovrapposizione tra «indisponibilità» (dei diritti) e «inderogabilità» (delle norme) e le ricadute nella definizione dell'ambito oggettivo di arbitrato: la tesi del monopolio dei giudici togati nell'applicazione delle norme inderogabili. – 3.8.2 *Segue*: e il suo superamento alla luce del diritto positivo. L'arbitrato da clausola compromissoria statutaria di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 e la perdurante problematica della deferibilità ad arbitri delle azioni di impugnazione delle delibere assembleari. – 3.8.3 L'esito di una lunga «schizofrenia legislativa»: un rapido sguardo all'arbitrato in materia di contratti pubblici. – 3.8.4 La riforma dell'arbitrato del 2006: verso il progressivo allontanamento dell'arbitrato dai limiti previsti dall'ordinamento in ordine all'autonomia privata. La rilevanza e la consistenza del concetto di indisponibilità nel dibattito sulla compromettibilità in arbitri. – 3.8.5 Profili di «tecnica arbitrale» nelle materie che sottendono norme inderogabili (anche dell'Unione), ovvero la necessaria congiunzione tra arbitrato e giurisdizione attraverso l'impugnazione per nullità. – 3.9 L'apertura nella sede impugnatoria al vizio dell'errore di diritto (dell'Unione): prospettive *de iure condito*. In particolare, i connotati strutturali del giudizio di equità degli arbitri e le sue logiche ricadute sul tema dei margini di sindacato del lodo di equità e (a più forte ragione) di diritto. – 3.9.1 Il dibattito sui limiti del giudizio equitativo nella giustizia minore e il connubio (costituzionalmente necessario) tra «equità» e «principi regolatori». – 3.9.2 Gli arbitri e il giudizio di equità: la struttura e i limiti (derivanti dalle fonti sovraordinate). Una divagazione in tema di arbitrato «irrituale» nelle controversie di lavoro. – 3.9.3 Analisi dei dati esegetici: una ipotesi interpretativa della clausola di rinvio di cui al terzo comma dell'art. 829. – 3.10 Considerazioni conclusive.

### 3.1 Premessa.

I profili di interazione tra il diritto dell'Unione e l'arbitrato sono diversi e possono essere riassunti in questi termini: esclusa la

legittimazione arbitrale al rinvio (primo profilo di interazione), la riconosciuta arbitrabilità delle controversie che sottendono la normativa eurounitaria (secondo profilo di connessione) incontra un *decisivo* fattore tranquillizzante nel successivo controllo giurisdizionale della decisione arbitrale (il quale può aversi nella sede impugnatoria, in sede di *exequatur* ovvero nell'ambito del processo esecutivo, questo il terzo profilo di interazione).

L'anzidetto «decisivo fattore» è tradizionalmente garantito attraverso la valorizzazione del concetto di «ordine pubblico», benché la soluzione sconti, nel concreto, la ristretta e mutevole consistenza di questa nozione – anche in regime di contestualità temporale e spaziale – nonché le variabili tecniche di sindacato giurisdizionale del *dictum arbitrale*.

Questi profili, la cui analisi troverà spazio nelle prossime righe, costituiscono la premessa necessaria della diversa via solutoria a più riprese indicata in questa sede (ovvero, la sindacabilità per *errores in iudicando*), probabilmente praticabile già *de iure condito*. La medesima è il frutto di una indagine sistematica dei diversi «moduli di tecnica arbitrale» sperimentati dalla contemporanea legislazione laddove la materia oggetto di «tutela arbitrale» racchiuda un substrato normativo connotato da elevati tassi di imperatività.

### **3.2 La complessa problematica della configurabilità dell'arbitro quale *iudex a quo* rispetto alla Corte di giustizia.**

#### **3.2.1 *Gli arbitri e il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE: lo stato dell'arte.***

L'analisi del tema della legittimazione arbitrale al rinvio pregiudiziale deve prendere le mosse dall'art. 267 TFUE, il quale discorre di «organo giurisdizionale di uno degli Stati membri» quale soggetto legittimato a sollevare una questione «sull'interpretazione dei trattati» o «sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione» che sia insorta «in un giudizio pendente» dinanzi ad esso.

Attesa l'estrema sinteticità della disposizione, i limiti entro i quali è possibile sollevare la questione pregiudiziale sono stati definiti dalla Corte di giustizia. La medesima, con una ricca e non sempre coerente giurisprudenza, ha definito la nozione di «organo giurisdizionale»

legittimante il rinvio, costruendo una nozione autonoma rispetto a quella propria dei singoli Stati membri<sup>412</sup>.

La sentenza *Vaassen-Göbbels* costituisce la prima occasione per la Corte di giustizia di enunciare gli indici selettivi della nozione di organo legittimato al rinvio, vale a dire: *a*) l'origine legale del medesimo; *b*) il suo carattere permanente; *c*) l'obbligatorietà per le parti della sua giurisdizione; *d*) l'utilizzo di una procedura rispettosa del contraddittorio; *e*) l'obbligo di giudicare secondo norme di diritto<sup>413</sup>. A tali criteri ne sono stati aggiunti altri nella giurisprudenza successiva, quali: *f*) il carattere indipendente dell'organo<sup>414</sup>; *g*) infine, la sua competenza a pronunciarsi su posizioni soggettive di diritto e di obbligo di fonte europea<sup>415</sup>. Criteri, questi, che devono sussistere cumulativamente<sup>416</sup> e la cui indagine è effettuata dalla stessa Corte di giustizia con pronunzie talvolta intrinsecamente poco lineari<sup>417</sup>.

---

<sup>412</sup> L'autonomia della nozione rispetto a quella propria dei singoli diritti nazionali fa sì che possa ben accadere che sia considerato «giurisdizione» legittimato al rinvio un «organo» che non sia tale per il diritto nazionale o, all'inverso, che un «organo» pur potendo essere qualificato «giurisdizionale» per il diritto nazionale non lo sia per il diritto dell'Unione.

<sup>413</sup> Corte di giustizia, sentenza 30 giugno 1966, causa C-61/65, *Sig.ra G. Gæbbels, vedova Vaassen contro Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*.

<sup>414</sup> Corte di giustizia, sentenza 11 giugno 1987, causa C-14/86, *Pretore di Salò*, punto 5; sentenza 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, punto 23; ordinanza 14 maggio 2008, causa C-109/07, *Jonathan Pilato contro Jean-Claude Bourgault*, punti 22 ss.

<sup>415</sup> Corte di giustizia, sentenza 6 ottobre 1981, causa C-246/80, *Broekmeulen contro Huisarts Registratie Commissie*, punti 8 ss.

<sup>416</sup> Nelle sentenze in materia, infatti, la Corte di giustizia afferma che per qualificare un organo come «giurisdizione» è necessario tener conto di «un insieme di elementi». Cfr. Corte di giustizia, sentenza 16 luglio 2020, causa C-658/18, *UX contro Governo della Repubblica italiana*, punto 42; sentenza 21 gennaio 2020, causa C-274/14, *Banco de Santander*, punto 51; sentenza 31 maggio 2005, causa C-53/03, *Syfait e a.*, punto 29, nonché del 16 febbraio 2017, causa C-503/13, *Margarit Panicello*, C-503/15, punto 27; sentenza 17 luglio 2014, C-58/13 e C-59/13, *Torresi*, punto 17; sentenza 6 ottobre 2015, C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*, punto 17. Per un esame della giurisprudenza della Corte di giustizia, v. RASIA C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, Bologna, 2010, p. 43 ss.; BIAVATI P., *Pregiudiziale comunitaria e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 421 ss.

<sup>417</sup> Si consideri, a tal proposito, che in diverse sentenze la Corte di giustizia invoca cumulativamente tutti i criteri già menzionati, salvo poi precisare che «per quanto riguarda il carattere contraddittorio del procedimento dinanzi al giudice del rinvio, l'art. 234 CE non subordina il rinvio alla Corte al carattere contraddittorio di tale procedimento», risultando piuttosto da detto articolo che «i giudici nazionali possono adire la Corte unicamente se dinanzi ad essi sia pendente una lite e se essi siano stati chiamati a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi

La possibilità di qualificare l'arbitrato convenzionale come giurisdizione di uno Stato membro è stata esclusa dalla Corte di giustizia nella sentenza *Nordsee*<sup>418</sup> laddove, pur riconoscendosi che funzionalmente l'attività dell'arbitro consente «taluni raffronti con l'autorità giudiziaria»<sup>419</sup>, si afferma che ciò non è sufficiente per considerare il medesimo giudice *a quo* rispetto alla Corte di giustizia. Invero, altri indici, quelli istituzionali, difettano: *a*) «non esiste, per i contraenti, alcun obbligo, né giuridico, né di fatto, di risolvere le loro liti mediante arbitrato»; *b*) le autorità nazionali pubbliche «non sono implicate nella scelta della via dell'arbitrato» e «non possono intervenire d'ufficio nello svolgimento del procedimento dinanzi all'arbitro»<sup>420</sup>.

Dunque, l'arbitro non può dirsi legittimato al rinvio perché difettano i due requisiti dell'obbligatorietà della giurisdizione (requisito *c*) e dell'origine legale dell'organo (requisito *a*).

Logica conseguenza di tale impostazione è l'affermazione secondo cui il rinvio pregiudiziale spetta ai giudici togati intervenuti in sede di assistenza processuale nel corso dell'arbitrato e di controllo del lodo

---

in una pronuncia di natura giurisdizionale» (Corte di giustizia, sentenza 16 dicembre 2008, causa C-210/06, *Cartesio*, punto 56; sentenza 4 settembre 2019, causa C-347/18, *Salvoni*, punto 26; sentenza 16 luglio 2020, causa C-658/18, *UX contro Governo della Repubblica italiana*, punto 63). Per tale via, in diverse occasioni è stato affermato che la domanda di pronuncia pregiudiziale è ricevibile anche quando è proposta nell'ambito di un procedimento di ingiunzione di pagamento (Corte di giustizia, sentenza 14 dicembre 1971, causa 43/71, *Politi*, punti 4 e 5; sentenza 8 giugno 1998, causa C-266/96, *Corsica Ferries France*, punto 23).

<sup>418</sup> Corte di giustizia, sentenza 23 marzo 1982, causa C-102/81, *Nordsee*, in *Foro it.*, 1982, IV, c. 357.

<sup>419</sup> «È vero che l'attività dell'arbitro in questione, come l'arbitro ha rilevato nella propria questione, consente taluni raffronti con l'autorità giudiziaria, in quanto l'arbitrato si svolge nell'ambito della legge, l'arbitro deve decidere secondo diritto e il suo lodo avrà, nei confronti delle parti, efficacia di cosa giudicata, potendo costituire titolo esecutivo una volta ottenuto l'*exequatur*. Ciò nonostante, tali caratteristiche non sono sufficienti per conferire all'arbitro lo *status* di «giurisdizione di uno Stato membro», ai sensi dell'art. 177 del Trattato» (Corte di giustizia, sentenza *Nordsee*, cit., punto 10).

<sup>420</sup> «Da queste considerazioni discende che il nesso tra il presente arbitrato e l'organizzazione dei mezzi d'impugnazione ordinari nello Stato membro interessato, non è abbastanza stretto perché l'arbitro possa qualificarsi «giurisdizione di uno Stato membro» ai sensi dell'art. 177» (Corte di giustizia, sentenza *Nordsee*, cit., punti 11 ss.).

(vale a dire in sede di impugnazione del lodo nazionale o di riconoscimento del lodo straniero)<sup>421</sup>.

L'opzione è mantenuta sostanzialmente inalterata nella giurisprudenza successiva: pur restando sullo sfondo, costituisce la necessaria premessa delle sentenze *Comune di Almelo*<sup>422</sup> ed *Eco Swiss c. Benetton*<sup>423</sup> ed è riaffermata *principaliter* nella sentenza *Denuit*<sup>424</sup>.

La sentenza *Achmea*<sup>425</sup> costituisce la più recente occasione per la Corte di Lussemburgo di ribadire il difetto di legittimazione arbitrale al rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*. Al contrario delle altre sentenze, però, la menzionata pronuncia riguarda l'arbitrato in materia di investimenti esteri, ossia una ipotesi fisiologicamente e strutturalmente diversa rispetto quella dell'arbitrato di diritto comune,

---

<sup>421</sup> RASIA C., *op. ult. cit.*, p. 53. Come si legge nella sentenza *Nordsee*, punto 14, «se un arbitro convenzionale solleva questioni di diritto comunitario, il giudice ordinario può esaminarle, vuoi nell'ambito del contributo che offrono agli organi arbitrali, in particolare assistendoli in taluni atti processuali o nell'interpretare il diritto da applicare, vuoi nell'ambito del controllo del lodo arbitrale, più o meno ampio a seconda dei casi, che spetta ad esso in caso di appello, di opposizione, di *exequatur*, o di qualsiasi altra impugnazione contemplata dalla normativa nazionale di cui trattasi».

<sup>422</sup> Corte di giustizia, sentenza 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 317, con nota di SELVAGGI C., *Arbitrato e accertamenti incidentali di validità e interpretazione di norme e provvedimenti C.E.E.* In tale sentenza la Corte ribadisce che giudice *a quo* è non già l'arbitro, bensì il giudice dell'impugnazione del lodo, anche laddove il giudice debba decidere secondo equità. Si legge nella sentenza, al punto 23, «in base ai principi della preminenza e dell'uniforme applicazione di uno Stato membro, combinati con l'art. 5 del Trattato, un organo giurisdizionale di uno Stato membro, adito ai sensi del diritto nazionale, con un appello avverso il lodo, anche se giudica secondo equità, è tenuto a rispettare le norme del diritto comunitario, e in particolare quelle in materia di concorrenza». Sulla rilevanza della normativa sovranazionale del giudizio di equità degli arbitri e degli organi giurisdizionali, v. i rilievi che verranno svolti di seguito (spec. par. 3.4).

<sup>423</sup> Corte di giustizia, sentenza 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd contro Benetton International NV*.

<sup>424</sup> Corte di giustizia, sentenza 27 gennaio 2005, causa C-125/04, *Denuit c. Transorient*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 709, con nota di RICCI E. F. in *Arbitrato volontario e pregiudiziale comunitaria*. L'A. sottolinea, correttamente, che i criteri dell'origine legale dell'organo e del carattere permanente e obbligatorio della giurisdizione «fanno pensare, più che all'arbitrato vero e proprio, a delle giurisdizioni speciali formate da laici secondo regole precostituite, capaci di imporsi alle parti a prescindere dalla loro volontà, destinate a limitare per regola cogente l'ambito di giurisdizione o competenza dei giudici togati» (specie p. 712).

<sup>425</sup> Corte di giustizia, sentenza 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Slowakische Republik contro Achmea BV*.

se non altro perché la competenza arbitrale è accettata dallo Stato o in una legge o in una Convenzione internazionale. L'ipotesi suscita riflessioni di altra natura, sicché verrà analizzata separatamente nel prosieguo, dopo aver analizzato la problematica *de qua* nella prospettiva, sistematicamente più rilevante, dell'arbitrato di diritto comune.

### 3.2.2 *Il problema della legittimazione al rinvio in relazione all'arbitrato convenzionale. La rilevanza, ai fini qualificatori, dei profili funzionali e organico-strutturali: il dibattito interno sulla legittimazione arbitrale al rinvio innanzi alla Corte costituzionale.*

Ora, ci si potrebbe soffermare sull'analisi delle singole condizioni richieste dalla Corte del Lussemburgo affinché l'*organo giudicante* possa definirsi *giurisdizione* ai fini del rinvio *ex art. 267 TFUE*, utilizzando convincenti ragioni per rinvenire anche nell'arbitrato di diritto comune quelle condizioni. Per tale via, affermare che il procedimento che si svolge *apud arbitros* – per quanto deformalizzato possa essere – è sempre rispettoso del principio del contraddittorio, che non esiste legislazione degli Stati membri che non si occupi dell'indipendenza e dell'imparzialità degli arbitri, infine, che il parametro di giudizio è in linea di principio rappresentato dalle norme di diritto, salvo che le parti abbiano attribuito agli arbitri il potere di deliberare secondo equità<sup>426</sup>. Ovvero, affermare che il riferimento,

---

<sup>426</sup> È questo l'approccio di RICCI E. F. e CONSOLO C., *Arbitrato rituale, giurisdizionali statali e art. 234 Trattato CE*, in *Int'l Lis*, 2005, p. 61 s., poi ribadito da RICCI E. F. in *Arbitrato volontario e pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 710 ss. Dunque, se fossero considerati decisivi i criteri della natura contraddittoria del procedimento, dell'applicazione di norme giuridiche e della indipendenza, la legittimazione a proporre rinvio pregiudiziale non potrebbe essere negata agli arbitri. Già da tempo la dottrina auspica l'inclusione nella nozione di «giurisdizione di uno degli Stati membri» dei collegi arbitrali. In particolare, BIAVATI P., *Pregiudiziale comunitaria e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 421, spec. p. 433 ss., il quale rileva che il postulato teorico intorno al quale è cresciuta la dottrina *Nordsee* è quello secondo cui l'ordinamento comunitario è frutto di un patto tra Stati che solo *eccezionalmente* attribuisce diritti in via immediata ai singoli cittadini. Con l'entrata in vigore del trattato di Maastricht l'indicato postulato sarebbe stato superato in favore di un ordinamento che, pur essendo frutto di un patto tra Stati, attribuisce *normalmente* diritti in via immediata ai singoli cittadini. La norma che attua tale rovesciamento di prospettiva potrebbe individuarsi nell'art. 8 TCE, che introduce la cittadinanza dell'Unione. In altri termini, secondo l'A., l'art. 8 TCE potrebbe servire per interpretare estensivamente l'art. 177, comma 2°, TCE (oggi art. 267 TFUE), nel senso di ricomprendere anche gli arbitri nell'ambito della «giurisdizione di uno degli

nell'art. 267 TFUE, non già all'*autorità* giurisdizionale, bensì all'*organo* giurisdizionale, potrebbe – sia pure *de iure condendo* – consentire una apertura in favore di tutti gli *organi giudicanti*.

Ad una più attenta analisi ci si avvede, però, che questo approccio non è del tutto appagante.

La verità è che la problematica *de qua* involge un profilo più radicale, ovvero se l'organo innanzi al quale si svolge il giudizio debba essere qualificato sulla base della funzione che svolge e degli effetti della decisione a cui perviene o, al contrario, se debba prevalere il profilo organico-strutturale (dunque, il suo appartenere o meno agli organi – «giurisdizionali» appunto – dello Stato).

Fatta questa necessaria premessa e al fine di ancorare l'analisi su basi che trascendono la sola giurisprudenza comunitaria, per il momento lo sguardo sarà rivolto altrove. Invero, pare che il problema della legittimazione arbitrale al rinvio pregiudiziale dinnanzi alla Corte di giustizia possa essere affrontato e risolto avendo alla mente il dibattito dottrinale che si è svolto in Italia in relazione alla configurabilità dell'arbitro rituale quale *iudex a quo* rispetto alla Corte costituzionale.

Invero, entrambe le problematiche «hanno in comune l'interrogativo di fondo sul se debba prevalere, ai fini della legittimazione al rinvio, il profilo strutturale ed organico di chi giudica o quello funzionale ed effettuale del come giudica e con quali conseguenze»<sup>427</sup>.

*In subiecta materia*, la dottrina largamente prevalente aveva escluso che gli arbitri potessero rimettere le questioni di costituzionalità che essi avessero ritenuto rilevanti e non manifestamente infondate.

La menzionata tesi era fondata su solidi argomenti di diritto positivo, in quanto basati sul rilievo tranciante che il reticolo di

---

Stati membri». Lo stesso A. più di recente ha rilevato che l'ampliamento dei soggetti legittimati a presentare domanda di pronuncia pregiudiziale potrebbe passare per una rimeditazione del rinvio pregiudiziale, da intendersi «come (anche) frutto di una facoltà di iniziativa giurisdizionale di parte e non soltanto come strumento di collaborazione tra le autorità giudiziarie nazionali e la Corte di giustizia» (BIAVATI P., *Diritto processuale dell'Unione Europea*, cit., p. 419).

<sup>427</sup> BRIGUGLIO A., *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*, nota a Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, in *Riv. arb.*, 2002, p. 657, specie p. 675. Nel senso della equiparabilità delle due problematiche anche PUNZI C., *Diritto comunitario e diritto nazionale dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 236 s.



disposizioni riguardanti l'incidente di costituzionalità erano state scritte con l'occhio rivolto alla giurisdizione statale<sup>428</sup>. Ed invero, l'art. 23 della L. 11 marzo 1953, n. 87, nel ricostruire l'ambiente nel quale può sorgere la questione di costituzionalità, lascia intendere chiaramente che solo «*autorità giurisdizionale*» assistita da una struttura burocratica ausiliaria è titolata al rinvio<sup>429</sup>.

Esclusa la legittimazione arbitrale al rinvio, le soluzioni più accreditate erano due: quella secondo cui gli arbitri, non essendo abilitati ad innescare il controllo di costituzionalità innanzi alla Consulta, avrebbero dovuto sempre applicare la legge ordinaria pur sospettandola di incostituzionalità<sup>430</sup>; quella, diametralmente opposta, secondo la quale gli arbitri avrebbero potuto (e avrebbero dovuto) risolvere *incidenter* la questione di costituzionalità disapplicando la

---

<sup>428</sup> Le disposizioni rilevanti sono la legge costituzionale n. 1 del 1948 e la l. n. 87 del 1953. Nella prima il costituente si era preoccupato di stabilire unicamente i limiti entro i quali è possibile sollevare la questione di costituzionalità, subordinando il rilievo ad un preliminare filtro di rilevanza e non manifesta infondatezza. Per questo, la seconda ha un innegabile valore interpretativo ed è questa a costituire l'ostacolo normativo (evidentemente non insormontabile, nella prospettiva della Consulta) al quale si è fatto cenno. L'art. 23 della menzionata legge n. 87 parla, infatti, di «*autorità giurisdizionale*», si riferisce ad una delle parti o al pubblico ministero quali soggetti legittimati a sollevare l'apposita istanza, prevede l'onere di trasmissione dell'ordinanza «a cura della cancelleria», infine, rimanda al «*pubblico dibattito*» nel corso del quale può darsi lettura dell'ordinanza di rimessione alla Consulta.

<sup>429</sup> La dottrina maggioritaria rinviene nell'art. 23 menzionato un ostacolo insormontabile al riconoscimento della legittimazione arbitrale al rinvio innanzi alla Consulta. Cfr., in particolare, AULETTA F., *L'arbitro: giudice a quo rispetto alla Corte costituzionale?*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 821 ss.; ID., in *Giust. civ.*, 2002, II, p. 63; VERDE G., *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 649; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, p. 617. *Contra*, VACCARELLA R., *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2888, secondo cui «la locuzione costantemente impiegata dalla norma allude a chi, all'esito del «*giudizio*», ha il potere di *ius dicere*, e cioè di emettere una decisione che di per sé, per sua propria ed intrinseca forza, detta tra le parti in ordine al rapporto oggetto del giudizio la (chiovendiana) volontà concreta della legge».

<sup>430</sup> DAVONI F., *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, p. 180 s. L'A., tuttavia, auspica *de iure condendo* la previsione espressa del potere degli arbitri di sollevare questioni di legittimità costituzionale. Sembra propendere per la tesi secondo cui gli arbitri devono applicare la disposizione anche se manifestamente contraria a Costituzione, anche MONTESANO L., *Questioni incidentali nel giudizio arbitrale e sospensione dei processi*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 5.

norma ordinaria se ritenuta incostituzionale<sup>431</sup>. La prima tesi si fondava sull'assunto che con la disapplicazione diretta della disposizione sospettata di incostituzionalità gli arbitri sarebbero stati investiti di poteri più ampi rispetto a quelli riconosciuti all'autorità giurisdizionale<sup>432</sup>; la seconda sul rilievo inverso secondo cui la costituzionale soggezione alla legge – pur se in contrasto con la fonte primaria – non può che riguardare soltanto i giudici che amministrano la giustizia «in nome del popolo» (art. 101 Cost.), mentre tutti gli altri soggetti dell'ordinamento, ivi inclusi gli arbitri, manterrebbero il potere di disapplicazione della legge se incostituzionale<sup>433</sup>.

Ad ogni modo, entrambe le tesi rinvenivano «un importante fattore tranquillizzante nella impugnazione del lodo avanti al giudice statale e nel coinvolgimento della Corte costituzionale ad opera di questi»<sup>434</sup>.

Il menzionato quadro di incertezza ha trovato una chiara soluzione solo sul fine del 2001, quando la Corte costituzionale, con la sentenza n. 376, ha riconosciuto ammissibile il promovimento dell'incidente di costituzionalità ad opera degli arbitri rituali<sup>435</sup>.

---

<sup>431</sup> AULETTA F., *L'arbitro: giudice a quo rispetto alla Corte costituzionale?*, cit., p. 823; BRIGUGLIO A., *La pregiudizialità costituzionale nell'arbitrato rituale e la efficacia del lodo*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 650 ss.

<sup>432</sup> DAVONI F., *op. loc. ult. cit.*; VACCARELLA R., *op. ult. cit.*, p. 2889.

<sup>433</sup> AULETTA F., *L'arbitro: giudice a quo rispetto alla Corte costituzionale?*, cit., p. 823; BRIGUGLIO A., *La pregiudizialità costituzionale nell'arbitrato rituale e la efficacia del lodo*, cit., p. 650 ss.; LUISO F. P., in *Giust. civ.*, 2002, II, p. 60.

<sup>434</sup> BRIGUGLIO A., *La pregiudizialità costituzionale nell'arbitrato rituale e la efficacia del lodo*, cit., p. 655.

<sup>435</sup> Corte cost., sentenza 28 novembre 2001, n. 376, in *Riv. arb.*, 2001, p. 657 ss., con nota adesiva di BRIGUGLIO A., *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*. La dottrina maggioritaria ha espresso commenti favorevoli in relazione alla menzionata pronuncia. In particolare, v. RICCI E. F., *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo (un grand arrêt della Corte costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 657; VACCARELLA R., *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, cit., p. 2887. Quest'ultimo, in particolare, definisce la sentenza «coraggiosa» perché «senza lasciarsi impastoiare da dispute più accademiche che sistematiche, ha affrontato esclusivamente il nocciolo del problema e al problema soltanto ha voluto e saputo dare una risposta concreta: l'unica risposta concreta possibile». Prima di allora la Corte costituzionale aveva avuto un'unica occasione di pronunciarsi sul problema *de qua*, ma aveva lasciato «impregiudicata ogni valutazione circa la legittimazione del collegio rimettente a sollevare questione di legittimità costituzionale» (Corte cost., ord. 17 dicembre 1997, in *Giur. cost.*, con nota di ESPOSITO M.).

È noto che la Consulta, con «astuzia argomentativa»<sup>436</sup>, ha disancorato il tema della legittimazione degli arbitri al promovimento del giudizio di costituzionalità dai dati offerti dal diritto positivo e con esso dall'ostacolo rappresentato dal riferimento all'«autorità giurisdizionale» contenuto nel menzionato articolo 23.

Piuttosto, la Consulta ha ritenuto decisivi i profili di equivalenza funzionale tra arbitri e giudici statali, vale a dire quelli sul *come* gli arbitri giudicano e sulla *portata* e sugli *effetti* della decisione finale<sup>437</sup>. Quanto al primo profilo, la Corte ravvisa che l'arbitrato «costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile» per la «risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria». Quanto al secondo, evidenzia che il «giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge» dinanzi ai giudici statali «per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie», essendo pur sempre finalizzato alla «applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto». Da qui la potenziale fungibilità del giudizio arbitrale rispetto a quello che si svolge innanzi agli «organi della giurisdizione».

Rilievi questi che – sebbene accompagnati dalla preoccupazione di lasciare impregiudicata la «complessa problematica relativa alla natura giuridica dell'arbitrato» – consegnano una potente arma in favore della tesi giurisdizionale dell'arbitrato<sup>438</sup>.

Questo rapido *excursus* è utile ai nostri fini per sottolineare che tra i profili organico-strutturali e quelli funzionali, la Consulta dà prevalenza ai secondi nella risoluzione della problematica *de qua*: l'arbitro non è giudice statale, ma è soggetto che *ius dicit* con una decisione che, tra le parti, ha una efficacia sostanzialmente analoga a quella a cui pervengono gli «organi della giurisdizione»<sup>439</sup>. È ciò basta

---

<sup>436</sup> VERDE G., *op. loc. ult. cit.*

<sup>437</sup> BRIGUGLIO A., *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*, cit., p. 668. Rilievi critici sono espressi da AULETTA F., in *Giust. civ.*, 2002, II, p. 63, secondo cui «poiché le parti possono dispensare gli arbitri da regole procedurali predeterminate e imporre loro di deliberare esclusivamente secondo equità, si comprende come non sia definizione esaustiva quella da cui muove la Consulta».

<sup>438</sup> VERDE G., *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, cit., p. 648; VACCARELLA R., *op. ult. cit.*, p. 2891.

<sup>439</sup> Secondo le parole della Consulta, l'arbitrato mira alla «applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto», attraverso un giudizio «potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione».

per riconoscergli il potere di investire il giudice delle leggi della questione di legittimità rilevante e non manifestamente infondata che dovesse insorgere nel corso del giudizio. Del resto, al pari di qualunque «organo giudicante», anche agli arbitri è precluso «tanto il potere di disapplicare le leggi, quanto quello di definire il giudizio applicando leggi di dubbia costituzionalità».

È chiaro che questa soluzione – la prevalenza del profilo funzionale su quello strutturale – è ben lontana dall'essere accolta dalla Corte lussemburghese. Invero, proprio quei profili strutturali che difettano nell'arbitrato costituiscono la ragione dell'infungibilità degli organi giurisdizionali degli Stati membri nella prospettiva del diritto dell'Unione, come ampiamente messo in evidenza fino ad ora.

Del resto, come confermano il parere 1/09 e la sentenza *Commissione c. Francia*<sup>440</sup>, il potere/dovere di rimessione pregiudiziale e la responsabilità comunitaria degli Stati membri costituiscono una endiadi inscindibile, perché quel dovere di rimessione può dirsi tale solo se alla sua violazione possano scaturire conseguenze sanzionatorie. In altri termini, la condizione necessaria di riconoscibilità della legittimazione al rinvio consiste nella riconducibilità soggettiva dell'operato dell'organo rinviante in capo agli Stati membri e, dunque, nella potenziale operatività del meccanismo sanzionatorio di cui agli artt. 258 ss. TFUE, laddove l'*obbligo* del rinvio resti inadempito. Condizione, quest'ultima, che costituisce un insormontabile ostacolo al riconoscimento della legittimazione al rinvio pregiudiziale in capo agli arbitri, posta

---

<sup>440</sup> Rispettivamente Corte di giustizia, parere 1/09, dell'8 marzo 2011 e sentenza 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione europea contro Repubblica francese*. Si è già visto che con il parere 1/09 la Corte ha dichiarato l'incompatibilità con il sistema delineato dai Trattati del meccanismo di risoluzione delle controversie previsto nel progetto di accordo sul Tribunale dei brevetti europeo e comunitario, perché volto ad attribuire la competenza a conoscere controversie in materia di brevetti ad un organo esterno alla cornice giurisdizionale dell'Unione. L'organo in questione era dotato della facoltà/obbligo di adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale ma era, in quanto organo giurisdizionale internazionale, sottratto alle «procedure in grado di garantire la piena efficacia delle norme dell'Unione» consistenti nel principio della responsabilità risarcitoria dello Stato membro per i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto dell'Unione ad esso imputabili nonché nell'assoggettabilità del medesimo Stato alla procedura di infrazione (punti 82, 86 e 87). Questo il cuore del problema e la ragione della declaratoria di incompatibilità. Diversamente, la menzionata sentenza del 2018 costituisce la prima occasione in cui la Corte di giustizia accerta la responsabilità comunitaria di uno Stato membro in conseguenza della violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale.

l'estraneità dei medesimi rispetto agli organi dello Stato che sono *istituzionalmente* investiti della *funzione* giurisdizionale<sup>441</sup>.

### 3.2.3 *Alcune precisazioni in ordine all'arbitrato con fonte in un trattato bilaterale a protezione degli investimenti esteri.*

Si tratta ora di svolgere alcune precisazioni in relazione all'arbitrato in materia di investimenti esteri.

Si è già detto che con la pronuncia *Achmea* la Corte ribadisce il proprio orientamento circa l'esclusione degli arbitri dalla nozione di giurisdizione ai fini del rinvio pregiudiziale. Questo è uno dei motivi (unitamente a quello dell'assenza di adeguati margini di sindacato nella fase impugnatoria) per i quali la Corte lussemburghese ha dichiarato l'incompatibilità, con gli artt. 344 e 267 TFUE, dell'offerta di arbitrato contenuta negli «intra-Ue Bits».

Sul punto, per la verità, la sentenza appare viziata da dogmatismo, soprattutto se confrontata con le articolate conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet, che aveva dedicato al tema che ci occupa ben altro spazio.

Le peculiarità dell'arbitrato in materia di investimenti esteri, in primo luogo nella prospettiva genetica della volontà compromissoria delle parti e della fonte regolatrice della competenza arbitrale, impongono considerazioni ulteriori e in parte diverse rispetto a quelle svolte sino ad ora. Tali considerazioni consentiranno di apprezzare, sia pure su basi diverse, le conclusioni a cui è giunta la Corte di giustizia.

Nelle sue conclusioni scritte l'Avvocato generale aveva sostenuto che gli arbitrati che traggono origine da un trattato bilaterale di investimento possiedono tutti i requisiti richiesti dalla giurisprudenza europea ai fini del riconoscimento della qualifica di giurisdizione. In particolare, si affermava la sussistenza dei due requisiti tradizionalmente considerati insussistenti in relazione all'arbitrato di diritto comune, vale a dire l'origine legale dell'organo e il carattere obbligatorio della giurisdizione arbitrale, almeno nella prospettiva dello Stato firmatario del trattato<sup>442</sup>.

---

<sup>441</sup> Questo aspetto è riconosciuto anche dagli autori che auspicano un mutamento della giurisprudenza della Corte di giustizia ai fini del riconoscimento della legittimazione arbitrale al rinvio pregiudiziale. Cfr., in particolare, BRIGUGLIO A., *Merito e metodo*, cit., p. 675; CONSOLO C., *Arbitro rituale, giurisdizioni statali e art. 234 Trattato CE*, cit., p. 62.

<sup>442</sup> Nel dettaglio, con riferimento, in particolare, al criterio dell'origine legale dell'organo, si evidenzia che la clausola compromissoria, oltre ad essere prevista in

La Corte di giustizia, invece, ha considerato determinante il requisito della permanenza, senza analizzare alla luce delle peculiarità dell'arbitrato con fonte in un trattato internazionale gli altri criteri normalmente invocati nelle pregresse pronunzie in cui è stata negata la qualifica di «giurisdizione» agli arbitri volontari.

Come è noto, l'*Investor-State Arbitration* è caratterizzato da una peculiare modalità di conclusione dell'accordo arbitrale, atteso che, di regola, lo Stato esprime il proprio consenso in forma anticipata, all'interno della legislazione domestica o di un trattato. La dazione del consenso da parte dello Stato precede non solo il verificarsi della controversia, ma anche la nascita dell'investimento dal quale la controversia potrà eventualmente insorgere<sup>443</sup>. Secondo l'orientamento preferibile, la manifestazione del consenso da parte dello Stato si connota come proposta contrattuale di arbitrato, riconducibile nello schema dell'offerta al pubblico. La convenzione di arbitrato si perfeziona in forma differita e indiretta, tramite l'eventuale accettazione da parte dell'investitore straniero – il quale può scegliere se avvalersi della via arbitrale o ricorrere al giudice togato – dell'offerta di arbitrato<sup>444</sup>. Se la qualificazione del consenso dello Stato in termini di «proposta di patto arbitrale» è corretta, la giurisdizione arbitrale non è obbligatoria né per l'investitore, come già detto, né per lo Stato, in ragione della naturale revocabilità della

---

un trattato internazionale, è entrata a far parte degli ordinamenti del Regno dei Paesi Bassi e della Repubblica federale ceca e slovacca per il tramite delle leggi di ratifica di detto Bit (punti da 100 a 108 delle conclusioni). Inoltre, gli Stati contraenti hanno prestato il loro preventivo consenso all'arbitrato in sede di stipula del trattato, accettando che una controversia tra investitore e Stato «sia sottoposta a un collegio arbitrale qualora non sia stata definita in via amichevole entro un termine di sei mesi decorrente dalla data in cui una delle parti della controversia ne ha richiesto la composizione amichevole» (par. 2, art. 8 Bit). Di conseguenza, si sostiene, almeno per gli Stati contraenti non potrebbe negarsi la natura obbligatoria della giurisdizione del collegio arbitrale (punto 118).

<sup>443</sup> GALANTI, *Arbitrato sugli investimenti e forme processuali del consenso*, in *Riv. arb.*, 2017, p. 424, spec. p. 433.

<sup>444</sup> La conclusione del contratto compromissorio avviene o tramite accettazione espressa o su inizio di esecuzione, attraverso la proposizione della domanda da parte dell'investitore. Sulle forme di manifestazione del consenso nell'arbitrato in materia di investimenti si rinvia anche a POTESTA, *Il consenso all'arbitrato ICSID contenuto in una legge nazionale dello Stato ospite dell'investimento*, in *Dir. comm. int.*, 2010, p. 375; PAULLSON J., *Arbitration without Privity*, in *ICSID Rev. – FILJ*, 1995, p. 234.

proposta contrattuale<sup>445</sup>, anche se riconducibile nello schema dell'offerta al pubblico<sup>446</sup>. Di fatto la proposta di patto arbitrale, laddove contenuta in un trattato internazionale a protezione dell'investimento, risulta difficilmente revocabile posto che, dovendo essere fatta «nella stessa forma dell'offerta o in forma equipollente» (art. 1336, comma 2°, c.c.), richiede necessariamente il consenso dell'altro Stato contraente. L'ammissibilità della revoca unilaterale della proposta contrattuale dovrebbe essere esclusa non soltanto per difetto di forma, ma anche perché determinerebbe una inammissibile modifica unilaterale delle condizioni pattuite, nonché un inadempimento, da parte dello Stato, degli impegni assunti nei confronti dell'altro Stato contraente in sede di stipula del trattato<sup>447</sup>. Tuttavia, la proposta di patto arbitrale, anche se non revocabile (*rectius*, revocabile solo con il consenso dell'altro Stato contraente), non è di per sé idonea a far sorgere *nei confronti dell'investitore*, un

---

<sup>445</sup> GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017, p. 852. Del resto, la proposta contrattuale non produce altro effetto che quello di consentire al destinatario l'esercizio di una *facoltà*, e non già di un diritto potestativo (*contra*, BIANCA M., *Diritto civile*, vol. 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 223). In questi termini, con riferimento all'arbitrato ICSID, SCHREUER – MALINTOPPI – REINISCH – SINCLAIR, *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge, 2009, p. 254, dove si evidenzia che prima del perfezionamento dell'accordo arbitrale il consenso dello Stato è revocabile. Del resto, l'art. 25, comma 1, ultima parte, della convenzione di Washington prevede che solo «quando le parti hanno dato il loro consenso, nessuna di esse può ritirarlo unilateralmente».

<sup>446</sup> La quale è pur sempre una proposta contrattuale, anche se caratterizzata dal fatto di non avere un destinatario determinato. Anche in questo caso il vincolo consegue solo al successivo atto di accettazione (GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, cit., p. 856), e può essere sempre revocata dal suo autore fino a quando il contratto non sia concluso (FRATINI M., *Compendio di diritto civile*, Roma, 2017, p. 513).

<sup>447</sup> Rileva POTESTÀ, *Il consenso all'arbitrato ICSID contenuto in una legge nazionale dello Stato ospite dell'investimento*, cit., p. 380, «un consenso all'arbitrato contenuto in una legge nazionale appare molto più precario di quello che è contenuto in un trattato. Nel primo caso, infatti, lo Stato è sempre libero di modificare la legge (o addirittura di abrogarla) in modo unilaterale, con il possibile effetto di ritirare la propria offerta di arbitrare; nel secondo caso, invece, per fare ciò avrebbe bisogno del consenso dell'altro Stato parte al trattato in materia di investimenti. La precarietà insita nello strumento legislativo ha fatto consigliare agli investitori di accettare per iscritto l'offerta contenuta in una legge nazionale in un momento precedente il sorgere della controversia». Sul punto anche SCHREUER – MALINTOPPI – REINISCH – SINCLAIR, *The ICSID Convention: a Commentary*, cit., p. 203.

*obbligo* giuridico in capo allo Stato, potendosi configurare detto obbligo solo al momento della conclusione del patto arbitrale.

Le considerazioni che precedono non mutano anche se si qualifica la dazione di consenso dello Stato in termini di clausola compromissoria unilateralmente obbligatoria, riconducibile nello schema degli artt. 1329<sup>448</sup> e 1331 c.c.<sup>449</sup>. Infatti, pur essendo detti

---

<sup>448</sup> Secondo lo schema della proposta irrevocabile. In questo caso la proposta funge da negozio unilaterale idoneo ad attribuire all'oblato il *diritto potestativo* di concludere il contratto (GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, cit., p. 854).

<sup>449</sup> Vale a dire la clausola con cui le parti convengono che una di esse rimane vincolata alla propria dichiarazione di adire il collegio arbitrale, mentre l'altra ha la facoltà di dare attuazione al patto compromissorio ovvero rivolgersi al giudice ordinario. L'opzione di arbitrato è stata utilizzata, in particolare, nel contesto di alcuni capitolati di appalto relativi alla realizzazione di opere pubbliche (NARDULLI – GIAMPIERI, *L'«opzione di arbitrato» nell'esperienza statunitense ed italiana*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 193). Il tema relativo all'ammissibilità della clausola arbitrale unilaterale ha costituito oggetto di un vivo dibattito dottrinale. La dottrina meno recente concordava nel senso della invalidità della clausola arbitrale unilateralmente facoltativa. Un primo orientamento sosteneva che detta clausola avrebbe avuto l'effetto di sottoporre l'obbligazione ad una condizione meramente potestativa (MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Vol. III, *Della obbligazione di compromettere*, Milano, 1923, p. 103). Un diverso orientamento negava la validità della clausola compromissoria unilaterale su considerazioni di ordine economico, ispirate alla necessità di evitare abusi da parte del contraente economicamente più forte (PACCHINI, *In tema di clausole compromissorie*, in *Giur. it.*, 1942, I, c. 60, con nota a Corte d'appello Milano 21 novembre 1941). Inoltre, si sosteneva che la clausola compromissoria non fosse un contratto, ma un accordo a contenuto processuale (richiamando la tesi di CARNELUTTI F., *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, p. 129, il quale sosteneva che il compromesso costituirebbe un atto complesso, in cui le volontà delle parti confluiscono; successivamente l'a., in *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956, p. 68, concludeva nel senso che il compromesso è un accordo, mentre la convenzione di arbitrato è un contratto bilaterale, che si conclude tra le parti e gli arbitri), al quale non possono applicarsi le norme previste per i contratti (ANDRIOLI V., *Commentario al codice di procedura civile*, Napoli, 1957, p. 779; VECCHIONE, *Sulla validità della clausola compromissoria unilaterale*, in *Giur. it.*, 1963, IV, c. 65). Infine, si sosteneva la nullità della clausola compromissoria unilateralmente facoltativa per l'inadeguatezza ad adempiere la funzione che le è propria (ANDRIOLI V., *Sul preliminarizzare di clausola compromissoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, p. 88). La dottrina più recente riconosce la validità della clausola arbitrale unilaterale. La tesi si fonda soprattutto sull'applicabilità, alla convenzione di arbitrato, delle norme sui contratti (VERDE G., *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000, p. 43, spec. p. 72; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. I, Padova, 2012, p. 330 s., il quale, dopo aver ricordato la tesi di Carnelutti relativa alla riconducibilità del compromesso ad un *accordo*, rileva che «data la *relatio* operata dall'art. 1324 c.c. alle norme che



negozi idonei a far sorgere un *vincolo* in capo allo Stato, la competenza degli arbitri ha pur sempre un fondamento volontaristico. Peraltro, lo schema di cui all'art. 1331 c.c. è da escludersi nel caso in esame perché presuppone un accordo tra le parti della controversia<sup>450</sup> che nella specie manca. Allo stesso modo è da escludere la riconducibilità della clausola nello schema dell'art. 1329 c.c., atteso che il dato letterale dell'art. 8 dell'accordo non contempla l'irrevocabilità della proposta<sup>451</sup>.

In conclusione, nell'arbitrato in materia di investimenti la competenza degli arbitri si fonda sulla volontà delle parti della controversia, in quanto riconducibile ad un patto arbitrale, anche se la proposta contrattuale dello Stato è contenuta in uno strumento di carattere generale, come la legge o il trattato. Trattandosi pur sempre di un arbitrato *volontario*, non può che negarsi la legittimazione degli arbitri a proporre questione pregiudiziale comunitaria, in quanto difetta il requisito della obbligatorietà della giurisdizione.

---

regolano i contratti, norme che devono essere quindi osservate anche per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale, sarebbe comunque possibile applicare al compromesso le regole sui contratti, senza domandarsi se esso rientri nello schema dell'atto complesso o accordo, ovvero del contratto»). Inoltre, si afferma che il superamento del dogma della necessaria contestualità dello scambio dei consensi delle parti in un unico documento depone a favore dell'ammissibilità della formazione progressiva del patto compromissorio, anche attraverso gli schemi di cui agli artt. 1329 e 1331 c.c. (PUNZI C., *op. ult. cit.*, p. 366). È stato evidenziato, infine, che la stipula dell'accordo compromissorio sotto forma di patto di opzione non importa abuso, da parte del beneficiario, della prerogativa conferitagli, atteso che il diritto deve essere esercitato nel rispetto del principio dell'esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375 c.c.), e che «ove la clausola non sia stata redatta in modo tale da prevenire eventuali abusi dell'opzionario [...] la parte "vincolata" potrebbe rivolgersi all'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 1331, comma 2°, c.c., ovvero, in ultima analisi, indurre la controparte ad esercitare l'opzione mediante la citazione in giudizio o la nomina del proprio arbitro» (NARDULLI – GIAMPIERI, *L'«opzione di arbitrato» nell'esperienza statunitense ed italiana*, cit., p. 193, spec. p. 399 s.).

<sup>450</sup> Invero la principale differenza tra l'opzione e la proposta irrevocabile riguarda il profilo strutturale: bilaterale il primo, unilaterale la seconda. Sul punto GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, cit., p. 895.

<sup>451</sup> L'art. 8 dell'accordo stipulato tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca prevede «[o]gni parte contraente accetta, con il presente atto, che una controversia ai sensi del paragrafo 1 del presente articolo sia sottoposta a un collegio arbitrale qualora non sia stata definita in via amichevole entro un termine di sei mesi a decorrere dalla data in cui una delle parti della controversia ne ha richiesto la composizione amichevole».

Si è giunti, dunque, all'ipotesi di partenza, ossia la negazione della legittimazione arbitrale al rinvio, non solo *de iure condito* ma anche *de iure condendo*, senza distinzione tra arbitrato di diritto comune e arbitrato in materia di investimenti.

### 3.2.4 *La necessaria esclusione degli arbitri dalla nozione di «giurisdizione» dello Stato: considerazioni finali anche in correlazione con il «principio di condivisione della responsabilità».*

Si può concludere la problematica *de qua* con alcune considerazioni finali.

Si è ampiamente dimostrato che lo stato attuale della giurisprudenza comunitaria è protesa alla netta valorizzazione del ruolo degli organi giurisdizionali degli Stati membri, *anche* in ragione del fatto che le relative pronunce possono formare «oggetto di un giudizio di valutazione» e comportare la «responsabilità patrimoniale in capo a uno o più Stati membri»<sup>452</sup>. Non solo: la ontologica infungibilità del giudizio demandato agli organi giurisdizionali rispetto a quello *apud arbitros* deriva (forse soprattutto) dalla circostanza che solo in relazione ai primi i trattati definiscono una chiara dimensione del rapporto tra giudice e diritto dell'Unione, incardinato attorno al principio della *primauté* (cfr. art. 4, par. 3, TUE; art. 267 TFUE). Circostanza, questa, che rappresenta la *ratio* del «principio di condivisione della responsabilità».

Si è aggiunto che in questo contesto appare difficile immaginare un mutamento della giurisprudenza in materia di legittimazione arbitrale al rinvio pregiudiziale, attraverso la sopravvalutazione del profilo funzionale rispetto a quello organizzativo<sup>453</sup>.

Peraltro, ad una più attenta analisi della giurisprudenza comunitaria ci si avvede che pur considerando l'arbitro *iudex a quo* rispetto alla Corte di giustizia, risulterebbero in ogni caso compromesse le esigenze di effettività del diritto dell'Unione espresse attraverso il già ricordato «principio di condivisione della responsabilità». Aspetto, quest'ultimo, di non trascurabile rilevanza, laddove si consideri che la Corte del Lussemburgo ha già avuto modo di affermare

---

<sup>452</sup> Corte di giustizia, parere 1/09, dell'8 marzo 2011, cit., punto 88.

<sup>453</sup> È questo l'auspicio della dottrina prevalente. Cfr., BIAVATI P., *op. loc. ult. cit.*; RICCI E. F., *Arbitrato volontario e pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 713; BRIGUGLIO A., *Merito e metodo*, cit., p. 675; D'ALESSANDRO E., *Pregiudizialità comunitaria ed arbitrato interno*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 446 s.

l'incompatibilità, con il sistema delineato dai Trattati, di meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie che, pur preservando la funzione nomofilattica della Corte di giustizia attraverso il riconoscimento della legittimazione al rinvio, sono suscettibili di pregiudicare le competenze degli organi giurisdizionali nazionali in materia di interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione<sup>454</sup>.

Se le considerazioni fin qui svolte sono esatte, ne consegue che l'ampliamento del sindacato in punto di diritto dell'Unione nella sede impugnatoria, con possibilità di consultazione pregiudiziale della Corte di giustizia, finisce per essere l'unica opzione praticabile, perché sistematicamente coerente<sup>455</sup>.

Né si dica che in tal modo la possibilità per la Corte di appello di rimettere la questione pregiudiziale si produrrebbe solo se la parte decidesse di proporre l'impugnazione per nullità, con la conseguenza che la definitiva ed esatta risoluzione della questione pregiudiziale di interpretazione o di validità sarebbe *ex facto* subordinata all'iniziativa della parte. Invero, lo stesso si verifica allorquando il giudice nazionale, in primo grado o in grado di appello, avvalendosi della facoltà riconosciutagli dall'art. 267, comma 2, TFUE, decida di risolvere «autarchicamente» la questione pregiudiziale (di interpretazione).

In entrambi i casi vi è il rischio che si giunga ad una decisione contrastante con il diritto dell'Unione per effetto della mancata proposizione della questione pregiudiziale – per difetto di legittimazione, nel primo caso, o per esercizio di una facoltà positivamente prevista, nel secondo caso – che è tollerata dall'ordinamento dell'Unione sul rilievo che solo le sentenze avverso le quali non è previsto, dal diritto interno, alcun rimedio impugnatorio sono sostanzialmente idonee a compromettere l'effetto utile del diritto

---

<sup>454</sup> È quanto si verifica con il parere 1/09 sul progetto di accordo per l'istituzione di un Tribunale dei brevetti europei e comunitari, dove, come evidenziato nel capitolo secondo, la declaratoria di incompatibilità si fonda sul rischio dello snaturamento delle competenze spettanti agli Stati membri.

<sup>455</sup> L'opzione, però, incontra non poche difficoltà ad attuarsi in relazione all'arbitrato in materia di investimenti laddove la fonte regolatrice sia la Convenzione di Washington. In questo caso gli unici rimedi esperibili avverso la decisione arbitrale sono quelli contemplati dalla Convenzione (artt. 51 e 52), sicché il quadro regolatore non consente alcun successivo sindacato giurisdizionale, né in sede impugnatoria, né in sede di *exequatur*, dal momento che non trovano applicazione i motivi di rifiuto del riconoscimento e della esecuzione dei lodi previsti dalla Convenzione di New York, incluso quello relativo alla contrarietà all'ordine pubblico.

dell'Unione. E ciò non solo perché la pronuncia errata può essere corretta nel successivo grado di giudizio, ma anche perché solo le sentenze pronunciate dagli organi istituzionalmente investiti della funzione nomofilattica sono in grado di creare un orientamento vincolante per le giurisdizioni di merito (a prescindere se si tratti di un vero e proprio vincolo giuridico o, piuttosto, di mera efficacia persuasiva)<sup>456</sup>.

Esclusa la possibilità di configurare l'arbitro quale giudice *a quo* rispetto alla Corte di giustizia, si tratta adesso di verificare come le questioni astrattamente idonee a formare oggetto di un rinvio pregiudiziale debbano essere risolte dall'arbitro.

Si è già detto che il meccanismo pregiudiziale delineato dai trattati è connotato dalla contemporanea presenza di elementi di «diffusione» e di «accentramento» delle funzioni ermeneutiche, posto che l'*obbligo* del rinvio è collocato solo al vertice della piramide impugnatoria interna, con facoltà di rinvio negli altri casi e, dunque, con frazionamento del controllo nell'ambito delle istanze inferiori<sup>457</sup>.

Considerando tale aspetto, si può affermare con una certa sicurezza che l'attuale orientamento della Corte del Lussemburgo è meno paradossale e dannoso di quanto possa apparire *prima facie*, soprattutto se rapportato all'orientamento della Consulta circa l'ampliamento della legittimazione in favore degli arbitri in relazione alla pregiudiziale costituzionale.

Invero, negare agli arbitri la legittimazione al rinvio significa, in concreto, negare loro l'esercizio di quella che *in via ipotetica* sarebbe una facoltà alternativa alla autonoma risoluzione della questione pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*; significa, dunque, autorizzare i medesimi a risolvere *incidenter* le questioni di interpretazione e di validità, ferma l'impossibilità di disapplicare l'atto di diritto derivato sospettato di invalidità, secondo l'insegnamento *Foto-Frost*. In sostanza, l'arbitro si troverebbe nella medesima situazione in cui si trova il giudice nazionale non di ultima istanza ogniqualvolta decida

---

<sup>456</sup> È questa la ragione per la quale la dottrina *Köbler* prospetta la responsabilità risarcitoria dello Stato membro per violazioni del diritto dell'Unione solo laddove le medesime siano imputabili agli organi giurisdizionali di ultimo grado.

<sup>457</sup> BRIGUGLIO A., *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., p. 83. Ciò in quanto l'uniformazione ermeneutica è raggiunta attraverso la struttura piramidale della impugnazione e il meccanismo accentrato consistente nel rinvio pregiudiziale obbligatorio per i giudici di ultima istanza.

di risolvere autonomamente la questione di interpretazione o di validità che dovesse sorgere nel corso del giudizio<sup>458</sup>.

Dunque, negare agli arbitri la legittimazione al rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia significa solo negare loro l'esercizio di una *ipotetica facoltà*; all'inverso, negare la legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale significa esentarli da un *dovere*, stante il carattere accentrato del controllo di costituzionalità<sup>459</sup>. Ne discende la ragionevolezza delle due diverse soluzioni.

### **3.3 L'arbitrabilità delle controversie regolate dal diritto dell'Unione e l'influenza di tale ordinamento sulla disciplina processuale in materia di arbitrato. L'arbitrato e le controversie *antitrust*.**

Esclusa – anche in prospettiva *de iure condendo* – la possibilità di qualificare i tribunali arbitrali come giurisdizione ai sensi dell'art. 267 TFUE, si può passare all'analisi del secondo profilo di interazione tra diritto dell'Unione europea e arbitrato, il quale riguarda l'influenza, diretta o indiretta, che il primo esercita sulla disciplina processuale dell'arbitrato, nella duplice problematica delle regole sostanziali necessariamente applicabili al merito della controversia e dei margini di sindacato della decisione arbitrale nella fase impugnatoria. Come si vedrà meglio innanzi (cfr. paragrafi 3.8 ss.), il tema è legato a quello di più ampio respiro relativo al rapporto tra l'arbitrato e le norme imperative<sup>460</sup>.

#### **3.3.1 *La sentenza Eco Swiss c. Benetton e la sua incidenza sul dibattito interno circa l'arbitrabilità delle controversie regolate dal diritto della concorrenza.***

La prima sentenza della Corte di giustizia che tocca direttamente le questioni innanzi indicate è *Eco Swiss c. Benetton*<sup>461</sup>, con la quale i

---

<sup>458</sup> BRIGUGLIO A., *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*, cit., p. 675, nota 25.

<sup>459</sup> È questa l'opzione di fondo della sentenza della Consulta n. 376 del 2001, cit.

<sup>460</sup> RADICATI DI BROZOLO L. G., *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 665.

<sup>461</sup> Corte di giustizia, sentenza 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton*, in *Foro it.*, 1999, IV, c. 470, con nota di BASTIANON S., *L'arbitrabilità delle controversie antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*. I fatti alla base di tale pronuncia sono noti, sicché basterà un sintetico

giudici del Kirchberg ebbero ad affermare che il giudice nazionale, in sede di impugnazione del lodo, deve condurre un esame d'ufficio delle questioni di diritto dell'Unione conosciute dagli arbitri ai fini della decisione della controversia se e nei limiti in cui il medesimo «debba, in base alle proprie norme di diritto processuale nazionale, accogliere un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico»<sup>462</sup>.

---

cenno. Questi riguardano una procedura arbitrale relativa ad un contratto di licenza di marchio della durata di otto anni, in virtù del quale la Benetton concedeva a Eco Swiss China Time e Bulova il diritto di produrre orologi recanti la menzione «Benetton by Bulova» che avrebbero poi potuto essere venuti sia da Eco Swiss China Time che da Bulova. A seguito della risoluzione del contratto da parte della Benetton in anticipo di tre anni rispetto alla data originaria, veniva adito un collegio arbitrale da parte delle altre due società, collegio il quale con lodo parziale condannava la Benetton al risarcimento del danno in favore delle attrici. Successivamente, con lodo definitivo, il collegio arbitrale quantificava l'ammontare del danno dovuto. Entrambi i lodi venivano impugnati congiuntamente da Benetton, benché il lodo parziale di accertamento della responsabilità risarcitoria fosse passato in giudicato perché non impugnato a tempo debito. Ad ogni modo, la società impugnante asseriva che il contratto di licenza fosse affetto da nullità perché contrario alle norme in materia di concorrenza, sebbene tale questione non fosse mai stata sollevata nel procedimento arbitrale. Le questioni sottoposte all'attenzione della Corte di giustizia riguardavano i limiti entro i quali gli arbitri e, successivamente, il giudice dell'impugnazione avrebbero dovuto tener conto del diritto europeo della concorrenza e, *in secundis*, il rapporto tra il diritto europeo e le regole processuali nazionali, in specie quelle in materia di *res iudicata*.

<sup>462</sup> Cfr. sentenza *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton*, punto 37. Nell'arresto citato la Corte di giustizia, sul rilievo che le norme comunitarie in materia di concorrenza sono da considerare di ordine pubblico, afferma che le questioni di interpretazione dell'art. 81 del trattato devono essere esaminate d'ufficio dal giudice nazionale, ed eventualmente fatte oggetto di rinvio pregiudiziale, nel procedimento di impugnazione del lodo. Nella indicata sentenza la Corte prospetta una soluzione che sembra voler costituire un punto di equilibrio tra l'esigenza di definitività del lodo e quella del rispetto del diritto dell'Unione. Infatti, la Corte riconosce l'importanza del carattere limitato del controllo sul lodo quale garanzia di efficacia del procedimento arbitrale (punto 35) e afferma che «un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi su un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale deve accogliere tale domanda se ritiene che la decisione sia effettivamente in contrasto con l'art. 85 del trattato, quando, ai sensi delle norme di procedura nazionali, deve accogliere un'impugnazione per nullità fondata sulla violazione di norme nazionali di ordine pubblico». La letteratura che si è occupata della sentenza *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton* è vastissima. Si rinvia in particolare a BASTIANON S., *L'arbitrabilità delle controversie antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Foro it.*, 1999, IV, c. 470; IDOT, *L'arbitrage et l'ordre public communautaire; prise de position de la Cour de Justice*, in *Rev. arb.*, 1999, p. 631; LAUDISA, *Gli arbitri e il diritto comunitario della concorrenza*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 591; ONNIBONI,

La sentenza offre spunti di riflessione su diversi aspetti, che conviene qui esaminare, sia pure sinteticamente, vale a dire: *a*) il tema dell'arbitrabilità delle controversie regolate da norme imperative dell'Unione, nella specie le norme a tutela della concorrenza; *b*) *in secundis* quello, strettamente collegato al primo, del rapporto tra diritto dell'Unione e diritto nazionale in tema di impugnazione del lodo.

Sul primo versante, la pronuncia dà per presupposta l'arbitrabilità delle controversie che implicano l'applicazione della normativa *antitrust*, perché si occupa della seconda problematica innanzi indicata, vale a dire quella sull'incidenza del diritto comunitario della concorrenza rispetto al diritto processuale nazionale che delimita i margini di sindacato della decisione arbitrale da parte del giudice dello Stato membro, problematica la quale evidentemente si pone a valle rispetto al primo tema.

La menzionata sentenza della Corte di giustizia, anche sulla scia della decisione della Suprema Corte degli Stati Uniti *Mitsubishi Motors Corp*<sup>463</sup>, ha sicuramente dato uno scossone al dibattito interno sullo stesso tema.

In estrema sintesi, nella prospettiva nazionale il problema del rapporto tra arbitrato e diritto della concorrenza era reso incerto soprattutto dall'assenza di un riferimento alla possibilità di devolvere ad arbitri la risoluzione di controversie in materia *antitrust* nella legge n. 287/1990. I dubbi erano legati ad una serie di circostanze, quali: *a*) la connotazione amministrativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (istituita dall'art. 10 della citata normativa), cui fanno capo poteri di indagine, cautelari, decisionali e sanzionatori connessi all'applicazione della normativa *antitrust* e alla repressione dei comportamenti anticoncorrenziali (spec. artt. 12, 14, 15 e 17); *b*) la competenza esclusiva del TAR Lazio per i ricorsi avverso i

---

*Compatibilità del diritto comunitario con le norme processuali nazionali in tema di passaggio in giudicato di una decisione arbitrale «parziale»*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 34; PUNZI C., *Diritto comunitario e diritto nazionale dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 235; RADICATI DI BROZOLO L. G., *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali*, cit., p. 665.

<sup>463</sup> Suprema Corte degli Stati Uniti, sentenza del 2 luglio 1985, *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler Phymouth Inc.*, in *Yearbook Commercial Arbitration*, 1986, p. 555 (su cui BERNARDINI P., *Arbitrabilità di controversie in materia di legislazione antitrust*, in *Rass. arb.*, 1985, p. 109 ss., e SARAVALLE A., *Arbitrato internazionale e leggi antitrust: il caso Mitsubishi*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, 597 ss.).

provvedimenti dell'Autorità (art. 33, comma 1); c) la competenza esclusiva della Corte di appello «competente per territorio» in relazione alle azioni di nullità, di risarcimento del danno e cautelari derivanti dalla violazione dei diritti protetti dalla normativa *antitrust* (art. 33, comma 2)<sup>464</sup>.

Quanto alla circostanza a), in dottrina si era già avvertito che il patto compromissorio non intacca la competenza dell'organo amministrativo, in quanto ha ad oggetto le controversie volte a trarre sul piano civilistico le conseguenze della violazione della normativa a tutela della concorrenza, ossia quelle controversie per le quali è previsto l'intervento dell'autorità giudiziaria ordinaria<sup>465</sup>.

L'ostacolo di cui al punto b) è legato al più ampio tema del rapporto tra arbitrato e giurisdizione amministrativa e alla opzione che esclude la cognizione arbitrale per quelle materie affidate alla giurisdizione del giudice amministrativo, in base al presupposto che vede nell'arbitrato uno strumento di risoluzione delle controversie alternativo alla sola giurisdizione ordinaria. A parte le perplessità che suscita tale orientamento<sup>466</sup> – peraltro oggi positivamente superato in relazione alle controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo<sup>467</sup> (su cui v. infra par. 3.8.3) –, quanto al tema in esame si è osservato che non è certo la devoluzione della materia al giudice amministrativo ad escludere l'arbitrabilità, quanto il fatto che la sindacabilità di un atto amministrativo esula dai poteri degli arbitri i quali – al pari del giudice ordinario – potranno semmai limitarsi a *disapplicare* l'atto stesso<sup>468</sup>.

Infine, anche la circostanza di cui al punto c) non appariva in grado di ostacolare l'arbitrabilità delle controversie in materia di

---

<sup>464</sup> Sul punto, BERLINGUER A., *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato*, vol. II, *Le materie non compromettibili*, Torino, 1999, p. 64 s.

<sup>465</sup> CAPORALE F., *Arbitrato e diritto antitrust: verso un'estensione della competenza arbitrale*, in *Dir. comm. internaz.*, 1993, p. 727 ss., spec. p. 731.

<sup>466</sup> Su cui BERLINGUER A., *Per l'arbitrabilità delle controversie in materia di lavori pubblici*, in *Giust. civ.*, 1996, p. 850 ss.; ID., *A proposito della compromettibilità delle controversie in materia di lavori pubblici, della nomina degli arbitri per relationem, dei requisiti di forma ex art. 1341, e di altro ancora*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 759 ss.

<sup>467</sup> Cfr. art. 12, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, secondo cui «le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto», già art. 6, comma 2, legge n. 205/2006.

<sup>468</sup> SALVANESCHI L., *Sull'arbitrabilità delle controversie in materia di diritto antitrust*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1628 ss., spec. p. 1630.



concorrenza. Invero, come felicemente rilevato in dottrina, «l'argomento tratto dall'esclusività della competenza residuale della Corte d'appello non è di per sé risolutivo nei confronti dell'arbitrato, visto che l'individuazione di questo giudice come territorialmente competente a ricevere le azioni di nullità e risarcimento del danno derivanti dalla violazione della normativa è stata pensata dai *conditores* esclusivamente per rispondere ad esigenze di pronta risoluzione del contenzioso, visto il rapporto di contiguità (non di identità o di esclusione) tra illecito concorrenziale e illecito civile, tutela della concorrenza e tutela dei concorrenti»<sup>469</sup>.

Da altro e più radicale punto di vista, il dibattito *de qua* è stato per lungo tempo influenzato dalla sovrapposizione tra indisponibilità dei diritti e inderogabilità delle norme, sovrapposizione dovuta anche dalla difficile interpretazione della precedente formulazione dell'art. 806 c.p.c. (v., in proposito, i successivi paragrafi 3.8.1 e 3.8.4)

Rinviano alle osservazioni che verranno svolte in seguito circa la rilevanza, del dibattito sull'arbitrabilità, delle nozioni di indisponibilità, inderogabilità e ordine pubblico (cfr. par. 3.6 e 3.6.1), si può ora rilevare che l'orientamento dominante fondava le sue radici nel criterio, già ampiamente sperimentato in altri settori, che distingue tra negozio nullo e negozio annullabile: il primo contrario a norme imperative poste a tutela di interessi generali; il secondo contrario a norme funzionali all'interesse particolare del contraente. Si sosteneva, dunque, che la pretesa dichiarazione di nullità non poteva transitare nel giudizio arbitrale per esorbitanza degli interessi coinvolti rispetto a quelli esclusivi dell'attore. Nella materia *de qua*, la tesi sbarrava la strada all'arbitrato nelle controversie *antitrust* quante volte la pretesa attorea fosse volta all'accertamento della *illiceità* dell'accordo perché

---

<sup>469</sup> BERLINGUER A., *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato*, vol. II, *Le materie non compromettibili*, Torino, 1999, p. 67; in questi termini anche SALVANESCHI L., *op. ult. loc. cit.*; CANALE G., *Antitrust e arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1208 ss., spec. p. 1213. In termini generali, sulla questione dell'arbitrabilità delle controversie per le quali è prevista la competenza esclusiva in favore di determinati uffici giudiziari, BERLINGUER A., *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato*, vol. I., *La nozione di compromettibilità*, p. 70 ss. e p. 111 ss.; VERDE G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2013, p. 71 ss.; IZZO S., *L'arbitrato e l'inderogabilità sancita in materia di locazione*, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2028.

in violazione della normativa inderogabile a tutela della concorrenza<sup>470</sup>.

Oggi, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria e della esatta ricostruzione dell'incidenza delle norme imperative sull'arbitrato (su cui v. infra di seguito), la tesi della compromettibilità delle controversie in materia di concorrenza non può essere revocata in dubbio<sup>471</sup>.

---

<sup>470</sup> Tesi la quale finiva per ridimensionare le potenzialità dell'arbitrato anche allorché la controversia fosse volta a far valere le conseguenze, sul piano civilistico, della violazione della normativa a tutela della concorrenza, stante la precedente formulazione dell'art. 819 c.p.c., che precludeva agli arbitri anche solo di conoscere le questioni non compromettibili con efficacia interna al procedimento (ossia, in via incidentale).

<sup>471</sup> Una delle primissime pronunce della giurisprudenza sul complesso tema del rapporto tra arbitrato e diritto della concorrenza è rappresentata da App. Bologna, 11 ottobre 1990, in *Riv. arb.*, 1993, p. 77 ss., con nota di ROSI F., *L'arbitrabilità di controversie in materia di concorrenza*, e in *Dir. comm. internaz.*, 1993, p. 725 ss., con nota di CAPORALE F., *L'arbitrato e il diritto antitrust: verso un'estensione della competenza arbitrale*. In tale pronuncia la Corte di appello di Bologna, ribaltando la decisione di primo grado (Trib. Bologna, 18 luglio 1987, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1988, p. 740), riconosce la compromettibilità della controversia relativa alla validità di un patto di non concorrenza contenuto nel contratto al quale attingeva la clausola compromissoria, dichiarando il proprio difetto di giurisdizione e rinviando le parti ad arbitrato. La sentenza poggia sul principio di autonomia della clausola compromissoria rispetto alle vicende riguardanti il contratto a cui attinge, in virtù del quale la nullità del contratto principale non si estende in automatico alla clausola (Cass., 28 gennaio 1972, n. 244; 2 luglio 1981, n. 4279), con la conseguenza che possono essere devolute ad arbitrato le controversie relative alla eventuale invalidità del contratto medesimo. Riprende, inoltre, l'opzione di Cass. 19 maggio 1989, n. 2406, in *Giust. civ.*, 1989, I, c. 2605, secondo cui per aversi nullità della clausola compromissoria relativa a controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili «occorre in primo luogo che già il contratto, cui la clausola (che è tuttavia autonoma) accede, incida (mediante atto traslativo, abdicativo, ecc.) su simili diritti, realizzando l'atto di disposizione vietato dalla norma; occorre inoltre che anche le controversie nascenti da quel contratto, se portate in sede transattiva all'esame delle parti o rimesse in arbitri per la decisione, siano tali da comportare disposizione del diritto indisponibile, nel senso che per effetto della transazione o della sentenza arbitrale risulti attuato, *contra legem*, il trasferimento del diritto medesimo, oggetto della lite». Sicché, ogni altro genere di controversia, «compresa quella sulla validità del contratto avente ad oggetto un diritto pretesamente indisponibile, che non importino detto effetto al pari del resto di qualsiasi altra causa d'invalidità del contratto stipulato dalle parti, non può ritenersi sottratta alla decisione arbitrale, stante la natura meramente dichiarativa della relativa pronuncia». Dunque, secondo tale indirizzo, la non compromettibilità in arbitri di una controversia derivante da un contratto dovrebbe essere apprezzata alla luce di diverse condizioni, che dovrebbero sussistere cumulativamente, ossia a) che il contratto incida su diritti indisponibili,

### 3.4 L'inappagante ricorso alla clausola dell'«ordine pubblico» e gli incerti margini di controllo della decisione arbitrale tra «controllo incisivo» e «controllo esterno non intrusivo».

Il secondo profilo di interferenza tra l'arbitrato e il diritto dell'Unione riguarda gli *standards* di controllo della decisione arbitrale nella fase impugnatoria.

Qui probabilmente la sentenza *Eco Swiss c. Benetton* si sforza di risolvere in poche battute una delle problematiche più complesse in materia di arbitrato, prospettando una soluzione non sempre appagante nella pratica, come la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia non mancherà di dimostrare negli anni successivi.

Si afferma, invero, che «le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il fatto che il controllo dei lodi arbitrali rivesta un carattere limitato, e che un lodo arbitrale possa essere dichiarato nullo o vedersi negare il riconoscimento solo in casi eccezionali»<sup>472</sup>, salvo poi qualificare le norme comunitarie in materia di concorrenza come norme di ordine pubblico, la cui osservanza da parte degli arbitri deve poter formare oggetto di controllo giurisdizionale nel processo di impugnazione<sup>473</sup>. Tale ipotesi qualificatoria garantisce che le

---

realizzando l'effetto traslativo/dispositivo vietato dalla legge; *b*) che la stessa decisione arbitrale disponga in tal senso, producendo il medesimo effetto. L'opzione della compromettibilità delle controversie regolate dalle norme *antitrust* è ripresa da Cass., 21 agosto 1996, n. 7733, relativa alla nullità *ex art.* 2596 c.c. di un patto di limitazione della concorrenza e, sulla scia di tale pronuncia, dalla successiva giurisprudenza di merito. Cfr., in particolare, App. Milano, 13 settembre 2002, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1626 ss., con nota di SALVANESCHI L., *Sull'arbitrabilità delle controversie in materia di diritto antitrust*. In tali pronunce si afferma che la libertà di iniziativa economica, comprensiva anche della libertà di concorrenza tra imprese, attiene a materia disponibile e che tale natura non muta per effetto dei limiti legali di tali libertà, i quali «incidono unicamente e specificamente sulla validità e/o sull'efficacia della fonte che li prevede, sia essa legislativa ovvero, come nella specie, espressione dell'autonomia privata».

<sup>472</sup> Corte di giustizia, sentenza *Eco Swiss c. Benetton*, cit., punto 35.

<sup>473</sup> Si afferma, invero, nella sentenza che l'art. 101 TFUE (già 81 TCE) costituisce «una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno». Ne consegue che «nei limiti in cui un giudice nazionale debba, in base alle proprie regole di procedura interne, accogliere un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda fondata sulla violazione del divieto sancito dall'art. 81, n. 1, CE» (Corte di giustizia, sentenza *Eco Swiss c. Benetton*, cit., punti 36 e 37).

questioni di interpretazione del diritto comunitario *antitrust* «possano essere esaminate dai giudici nazionali chiamati a pronunciarsi sulla validità di un lodo arbitrale e possano essere oggetto, all'occorrenza, di un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte»<sup>474</sup>.

Come si diceva, la soluzione non è sempre appagante, e ciò per diverse ragioni. In primo luogo, perché una esatta ricostruzione del concetto di ordine pubblico rende arduo ricondurre in esso tutte le disposizioni dell'Unione, pur se di carattere imperativo; in secondo luogo, perché la soluzione resta pur sempre esposta – non solo alla (relativa) disomogeneità di disciplina giuridica dei singoli Stati membri, ma soprattutto – alle incerte e variabili tecniche di controllo della decisione arbitrale.

Rinviando il primo profilo ai paragrafi seguenti, dove si tenterà di fornire una ricostruzione del concetto di ordine pubblico (spec. paragrafi 3.6 e 3.6.1 anche per una più approfondita disamina della nozione di «ordine pubblico dell'Unione europea»), si può ora analizzare il secondo aspetto, osservando che la tendenza sul piano internazionale ed europeo è nel senso della previsione di motivi tassativi di impugnazione del lodo, che in linea di massima coincidono con le circostanze ostative al riconoscimento e alla esecuzione del lodo previste dall'art. V della Convenzione di New York del 1958, e nella esclusione della rilevanza dell'errore di diritto, ad eccezione dei casi in cui detto errore integri una violazione dell'ordine pubblico<sup>475</sup>.

Ora, questa relativa omogeneità di disciplina giuridica non è accompagnata ad una analoga omogeneità sotto il profilo applicativo.

Le opzioni interpretative – che muovono nell'ambito dei due estremi confini del sindacato minimo o, all'inverso, incisivo del lodo – poggiano sulle diverse tecniche di controllo del dispositivo e della motivazione del *dictum* arbitrale e sul tipo di analisi che il giudice deve compiere nella sede propriamente impugnatoria.

Più precisamente, nel dibattito dottrinale si assiste ad una incessante oscillazione tra l'opzione del controllo incisivo<sup>476</sup> e quella

---

<sup>474</sup> Corte di giustizia, sentenza *Eco Swiss c. Benetton*, cit., punto 40.

<sup>475</sup> SALVANESCHI L., *I motivi di impugnazione del lodo: una razionalizzazione?*, cit., p. 235 s.

<sup>476</sup> Si parla, in proposito, di tesi *massimalista* o, al contrario, *minimalista* (sull'argomento RADICATI DI BROZOLO L. G., *Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 629; RASIA C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, cit., p. 209 ss.). In particolare, secondo la tesi *massimalista*, il giudice deve verificare non solo se il tribunale arbitrale abbia in astratto preso in considerazione le norme *antitrust*, ma anche appurare l'esatta applicazione delle

del controllo esterno non intrusivo<sup>477</sup> della decisione arbitrale, mentre in sede giurisprudenziale l'orientamento prevalente sembra prediligere un controllo *minimalista*, teso a verificare esclusivamente se gli arbitri abbiano preso in considerazione le norme di diritto dell'Unione, senza sindacare la corretta applicazione delle medesime<sup>478</sup>.

---

stesse, operando un controllo in fatto e in diritto. Questo approccio «postula una visione dell'ordine pubblico a largo raggio in cui si attribuisce al giudice un controllo incisivo del lodo che va oltre a quanto normalmente previsto e giunge quasi ad essere un vero e proprio vaglio di merito, teso a valutare se gli arbitri abbiano applicato bene le norme di ordine pubblico» (RASIA C., *op. ult. cit.*, p. 214).

<sup>477</sup> Secondo questo approccio il giudice deve «limitarsi a verificare che gli arbitri abbiano debitamente preso in considerazione l'applicabilità delle regole di applicazione necessaria e che, se le hanno ritenute applicabili (ed in particolare hanno ritenuto applicabile una regola della *lex fori*), ne abbiano fatto un'applicazione che non comporti una violazione grave dei principi che ne stanno alla base (sempreché tali principi appartengono all'ordine pubblico correttamente inteso). Il giudice non sarà autorizzato a valutare il modo in cui l'arbitro ha trattato le diverse questioni sul tappeto, né le conclusioni quanto all'applicazione nel caso concreto delle regole in questione, queste essendo questioni di merito il cui esame è precluso dal divieto di revisione nel merito». In conclusione «ciò che conta è essenzialmente solo che il problema dell'applicabilità delle regole di applicazione necessaria sia stato affrontato dagli arbitri» (RADICATI DI BROZOLO L. G., *Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico*, cit., p. 639 s.).

<sup>478</sup> Il controllo *minimalista* sul lodo è stato inaugurato dalla celebre sentenza *Mitsubishi Motors Co. V. Soler Chrysler-Playmouth*, 473 US 614 (1985), che ha posto le basi della teoria del *second look*, dove la suprema Corte americana ha affermato che il giudice del controllo debba verificare se il tribunale arbitrale abbia fatto riferimento alle norme di applicazione necessaria, nella specie il diritto *antitrust*, prospettando un controllo non intrusivo sul lodo (sull'argomento si rinvia a BERNARDINI P., *Stati Uniti: arbitrabilità di controversie in materia di legislazione antitrust*, in *Riv. arb.*, 1987, p. 109; SARAVALLE A., *Arbitrato internazionale e leggi antitrust: il caso Mitsubishi*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1986, p. 597). Questo approccio minimalista risulta prevalente in Francia e in Svizzera. Può essere ricordato il caso *Thalés c. Euromissile* (in *Rev. arb.*, 2005, p. 751, con nota di RADICATI DI BROZOLO L. G., *L'illicéité «qui crève les yeux»: critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thales de la Cour d'appel de Paris)*; in *Journal du droit international*, 2005, p. 357; in *Int'l Lis*, 2006, p. 87, con nota di RASIA C., *La sorte del lodo contrario al diritto comunitario: una prima applicazione dei principi stabiliti dalla Corte di giustizia nella sent. Eco Swiss-Benetton*), dove la Corte parigina limita il controllo da parte del giudice dell'impugnazione ai casi in cui la violazione dell'ordine pubblico sia *flagrante, effective, concrète*. In questo modo i giudici francesi danno rilevanza alle sole ipotesi in cui la contrarietà all'ordine pubblico produca conseguenze rilevanti sul piano dei risultati, ad esclusione dei casi in cui detta contrarietà produce effetti puramente formali. Sul punto RASIA C., *La sorte del lodo contrario al diritto comunitario: una prima applicazione dei principi stabiliti dalla Corte di giustizia*

Il tema *de qua* è ontologicamente connotato da profonde incertezze, perché gli esiti solutori sono influenzati dalle peculiarità dei casi concreti e dalla maggiore o minore complessità della materia oggetto della decisione. Tuttavia, per esigenze di maggiore chiarezza e schematizzazione si può affermare che l'opzione minimalista circoscrive l'indagine a due profili: *a*) uno *essenziale ed esteriore* sulla motivazione, laddove è sufficiente che ad un esame *prima facie* del ragionamento degli arbitri risulti che i medesimi abbiano affrontato il problema dell'applicabilità delle norme di ordine pubblico, senza sindacare il *modo* in cui tali norme siano state applicate né tantomeno l'*esattezza* della soluzione prospettata; *b*) l'altro, sul risultato a cui perviene la decisione attraverso l'analisi del dispositivo. Dunque, la prospettiva di un annullamento del lodo per violazione delle norme di ordine pubblico potrebbe configurarsi solo laddove: *a*) appaia evidente che gli arbitri non abbiano affatto affrontato il problema dell'applicabilità delle norme di ordine pubblico o che la loro applicazione sia manifestamente e gravemente erronea, e/o *b*) la decisione pervenga a risultati seriamente e manifestamente lesivi dei valori fondamentali<sup>479</sup>.

L'incertezza dei margini di sindacato e dei possibili esiti solutori diviene ancora più evidente in relazione all'arbitrato internazionale, laddove i diversi orientamenti sembrano influenzati anche dalla insopprimibile tensione tra la visione *territorialista* e quella *autonomista* dell'arbitrato<sup>480</sup>.

---

*nella sent. Eco Swiss-Benetton*, cit., p. 87. Sullo stesso filone si collocano le note sentenze *SNF c. Cytec Industries* della Corte di cassazione francese del 4 giugno 2008 (in *Rev. arb.*, 2008, p. 473) preceduta dalla sentenza della Corte d'appello di Parigi del 23 marzo 2006 (in *Rev. arb.*, 2006, p. 529), *Tensacciai c. Terra Armata* del Tribunale Federale Svizzero dell'8 marzo 2006 (in *Rev. arb.*, 2006, p. 763). Per la giurisprudenza italiana si rinvia, in particolare, a Corte d'appello Firenze, sentenza 21 marzo 2006, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 71, con nota di TRECCANI M., *In tema di arbitrato e diritto della concorrenza: lodo antitrust, ordine pubblico e motivi di revisione*. Per una approfondita rassegna della giurisprudenza in materia si rinvia a RASIA C., *L'ordine pubblico comunitario e poteri del giudice d'impugnazione del lodo nella recente esperienza belga*, in *Int'l Lis*, 2008, p. 15; ID., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, cit., p. 217 ss.

<sup>479</sup> Per una indagine delle tecniche di controllo della decisione arbitrale si v. RADICATI DI BROZOLO L. G., *Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico*, cit., p. 637 ss.

<sup>480</sup> Secondo la visione *territorialista* (definita anche «rappresentazione monolocalizzatrice») la fonte della giuridicità dell'arbitrato potrebbe essere trovata soltanto nell'ordinamento giuridico della sede, il quale costituirebbe la premessa di ogni ragionamento relativo al procedimento, alla legge applicabile al merito, alla

I rilievi che precedono sono in grado di dimostrare che la clausola dell'ordine pubblico non è sempre idonea a soddisfare le esigenze di esatta ed uniforme interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione, le quali nella materia arbitrale implicano la configurabilità di adeguati margini di sindacato nella fase impugnatoria con eventuale intervento pregiudiziale della Corte di giustizia.

Del resto, la medesima Corte del Lussemburgo ha già mostrato di avere consapevolezza dei limiti innanzi prospettati, come si ricava dalla lettura del percorso motivazionale della più recente sentenza *Achmea*. Le conclusioni alle quali giunge la menzionata sentenza poggiano sulla consapevolezza che una disciplina processuale nazionale che dà rilievo all'errore di diritto nei soli casi in cui detto errore realizzi in una violazione dell'ordine pubblico non è sufficiente a garantire l'uniforme interpretazione/applicazione del diritto dell'Unione e la competenza accentrata della Corte di giustizia. Rilievi, questi, che pur avendo una portata circoscritta all'arbitrato in materia di investimenti<sup>481</sup>, non esimono l'interprete dal ricercare

---

sorte del lodo. Il concetto di *lex arbitri* è concepito come l'equivalente, per gli arbitri, della *lex fori* del giudice statale. Questa tesi sembra ispirarsi, almeno implicitamente, al positivismo statale riconducibile alle dottrine di Kelsen e Hart. In una prospettiva diametralmente opposta si colloca la visione *autonomista* (o «rappresentazione transnazionale») che concepisce l'arbitrato esclusivamente in termini di autonomia della volontà. Secondo questa visione la fonte della giuridicità dell'arbitrato potrebbe essere individuata non in un ordinamento giuridico statale, bensì in un ordinamento terzo, qualificato come «ordinamento giuridico arbitrale». Questa tesi ha come presupposto una concezione essenzialmente variabile della giuridicità, riconducibile alla dottrina di Santi Romano o di F. Ost e M. van de Kerchove. In una posizione intermedia si colloca la visione che basa la giuridicità dell'arbitrato sull'insieme degli ordinamenti giuridici disposti a riconoscere efficacia al lodo (definita anche «rappresentazione multilocalizzatrice»). Per un approfondito esame delle rappresentazioni dell'arbitrato internazionale e dell'influenza che dette rappresentazioni hanno nella risoluzione di questioni fondamentali come, ad esempio, la determinazione del diritto applicabile al merito della controversia o il riconoscimento dei lodi annullati nello Stato della sede, si rinvia a GAILLARD E., *Aspetti filosofici del diritto dell'arbitrato internazionale* (traduzione a cura di DE MARTINIS P.), Napoli, 2017.

<sup>481</sup> Invero, come sottolinea la Corte nei punti 54 e 55 della sentenza, un procedimento di arbitrato come quello di cui all'art. 8 Tbi si distingue da un procedimento di arbitrato commerciale in quanto il secondo trova la sua origine nell'autonomia della volontà delle parti in causa laddove il primo deriva da un trattato.

diverse e più appaganti soluzioni anche in relazione all'arbitrato di diritto comune.

### 3.5 Arbitrato e tutela dei consumatori.

Alcuni dei più interessanti interventi della giurisprudenza comunitaria in materia di arbitrato si rinvengono nell'ambito del diritto dei consumatori.

Si procederà di seguito ad una breve disamina delle più importanti manifestazioni di tale giurisprudenza, per poi verificare se e in quali limiti i principi ivi affermati siano suscettibili di generalizzazione e possano, dunque, rappresentare un modello per il tema di più ampio respiro relativo ai margini di sindacato giurisdizionale nella sede impugnatoria.

In primo luogo, si deve tenere presente che le sentenze che si andranno di seguito ad analizzare si inseriscono coerentemente in un più ampio percorso giurisprudenziale tendente alla restrizione dei confini dell'autonomia processuale degli Stati membri al fine di garantire l'applicazione *ex officio* della normativa dell'Unione a tutela dei consumatori, in particolare la direttiva 93/13/CEE.

Si ricorderà, in proposito, che le sentenze *Océano Grupo Editorial*<sup>482</sup>, *Cofidis*<sup>483</sup> e *Pannon*<sup>484</sup> pongono le basi per una ricca giurisprudenza in materia di doveroso controllo officioso dell'abusività delle clausole contrattuali, anche in assenza di eccezione del consumatore e anche in deroga ad eventuali preclusioni previste dal diritto processuale nazionale.

Le sentenze in materia di arbitrato, in particolare *Mostaza Claro*<sup>485</sup> e *Asturcom*<sup>486</sup>, confermano il percorso evolutivo in materia consumeristica. Esse, infatti, così come le altre pronunzie menzionate, poggiano sull'idea di fondo secondo cui il giudice nazionale abbia il

---

<sup>482</sup> Corte di giustizia, sentenza 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*.

<sup>483</sup> Corte di giustizia, sentenza 21 novembre 2002, causa C-473/00, *Cofidis SA contro Jean-Louis Fredout*.

<sup>484</sup> Corte di giustizia, sentenza 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon GSM Zrt. contro Erzsébet Sustikné Gyórfi*.

<sup>485</sup> Corte di giustizia, sentenza 2 ottobre 2006, causa C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1083, con nota di RICCI E. F., *Clausola compromissoria «vessatoria» e impugnazione del lodo*.

<sup>486</sup> Corte di giustizia, sentenza 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL contro Cristina Rodríguez Nogueira*.



compito di arginare la disparità esistente, in punto di poteri contrattuali, tra il professionista e il consumatore<sup>487</sup>.

La seconda precisazione che si impone è che i casi che si andranno a considerare riguardano non già il controllo giurisdizionale circa l'esatta interpretazione e applicazione delle disposizioni dell'Unione che regolano il merito della controversia, bensì il controllo sulla validità della convenzione di arbitrato e, dunque, l'indagine circa la sussistenza o meno del potere decisorio degli arbitri<sup>488</sup>.

### 3.5.1 *La dottrina Mostaza Claro: la riconduzione della direttiva 93/13/CEE nella nozione di ordine pubblico e la deroga, in materia consumeristica, alla regola della preclusione del potere di impugnazione per mancata eccezione dell'invalidità della convenzione di arbitrato.*

Con la pronunzia *Mostaza Claro* la Corte di giustizia prende posizione sul tema dell'annullabilità del lodo per vessatorietà della clausola arbitrale<sup>489</sup>. Le censure della Corte ricadono sul combinato degli artt. 45 e 23 della previgente legge spagnola in materia di arbitrato (*Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje*): la prima disposizione prevedeva l'invalidità del *convenio arbitral* come motivo

---

<sup>487</sup> Invero, la Corte di giustizia ha più volte affermato che la disuguaglianza esistente tra il professionista e il consumatore può essere riequilibrata solo grazie ad un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale. Per la giurisprudenza, sentenza *Océano Grupo Editorial*, cit., punti 25 a 27; sentenza *Mostaza Claro*, cit., punto 31; sentenza del 14 giugno 2012, causa C-618/10, *Banco Español de Crédito*, punto 42; sentenza 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon GSM Zrt. contro Erzsébet Sustikné Gyórfi*, punto 31; sentenza 17 dicembre 2009, causa C-227/08, *Eva Martín c. EDP Editores*, punto 36.

<sup>488</sup> RASIA C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, cit., p. 179.

<sup>489</sup> La sentenza trae origine da un contratto di abbonamento ad una linea telefonica mobile stipulato dalla sig.ra Mostaza Claro con la compagnia Movil, il quale devolveva ogni eventuale e futura controversia relativa a tale contratto alla competenza di una istituzione arbitrale denominata *Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad*. Non avendo rispettato la durata minima di abbonamento prevista dal contratto, la compagnia avviava un procedimento arbitrale nei confronti della sig.ra Mostaza Claro, la quale partecipava al procedimento senza eccepire la nullità del *convenio arbitral*. In seguito a decisione a lei sfavorevole, impugnava il lodo innanzi alla *Audiencia Provincial de Madrid*, la quale, a sua volta, proponeva rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia al fine di accertare se la direttiva 93/13/CEE imponesse al giudice dell'impugnazione della decisione arbitrale di annullare il lodo a motivo della vessatorietà della clausola compromissoria anche a prescindere da ogni decadenza prevista dal diritto nazionale.

di impugnazione del lodo; la seconda imponeva alle parti di sollevare l'eccezione di invalidità dell'accordo nei rispettivi scritti iniziali<sup>490</sup>.

La Corte, pur ricordando il principio affermato in *Eco Swiss c. Benetton* secondo cui «le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il fatto che il controllo dei lodi arbitrali abbia un carattere limitato»<sup>491</sup>, conclude collocando le disposizioni a tutela dei consumatori di cui alla direttiva 93/13/CEE nel concetto di ordine pubblico economico ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. t), trattato CE, in quanto indispensabili «per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità» e «per l'innalzamento del livello e della qualità della vita al suo interno»<sup>492</sup>.

Ne consegue che il giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale sia *tenuto* a valutare d'ufficio la natura abusiva dell'accordo di arbitralo e ad annullare il lodo laddove accerti che tale accordo contenga una clausola abusiva, «anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale», incorrendo così in una decadenza secondo il diritto nazionale<sup>493</sup>.

Ora, nell'ordinamento spagnolo il problema affrontato dalla Corte ha incontrato una soluzione nell'ambito del diritto positivo, dal momento che l'impugnabilità del lodo per invalidità della convenzione di arbitrato a norma dell'art. 41, n. 1, della vigente legge sull'arbitrato (*Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*) non è preclusa dalla mancata formulazione dell'eccezione nel corso del procedimento di arbitrato. La stessa Corte di giustizia, nella sentenza in esame, riconosce che la nuova normativa è in linea con la direttiva 93/13/CEE<sup>494</sup>.

Veniamo all'influenza di tale pronunzia nel nostro ordinamento.

---

<sup>490</sup> «La oposición al arbitraje por falta de competencia objetiva de los árbitros, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral deberá formularse en el momento de presentar las partes sus respectivas alegaciones iniciales» (art. 23, par. 1, Ley n. 36/1988).

<sup>491</sup> Corte di giustizia, sentenza *Mostaza Claro*, cit., punto 34; sentenza *Eco Swiss c. Benetton*, cit., punto 35.

<sup>492</sup> Corte di giustizia, sentenza *Mostaza Claro*, cit., punto 37.

<sup>493</sup> Corte di giustizia, sentenza *Mostaza Claro*, cit., punti 38 e 39.

<sup>494</sup> Corte di giustizia, sentenza *Mostaza Claro*, cit., punto 32, dove si afferma «sebbene non sia applicabile alla causa principale, va ricordato che la legge 23 dicembre 2003, n. 60/2003, in materia di arbitrato (*Ley 60/2003 de Arbitraje*, BOE n. 309 del 26 dicembre 2003) non richiede più che l'opposizione all'arbitrato, in particolare a causa di nullità dell'accordo arbitrale, sia proposta all'atto della presentazione delle domande iniziali delle parti».

Anzitutto, la sentenza contribuisce a chiarire che le clausole per arbitrato (rituale e irrituale) contenute nei contratti stipulati tra consumatore e professionista debbano considerarsi vessatorie fino a prova contraria e, dunque, non vincolanti per il consumatore. In questo modo risulta sopito il dibattito interno sulla medesima problematica, il quale era alimentato dal rilievo di diritto positivo secondo cui l'art. 33 del codice del consumo (già 1469 *bis* c.c.), nel quale sono indicate, a titolo esemplificativo, le clausole che si presumono vessatorie, non contempla espressamente la clausola compromissoria ma solo quella che sancisce a carico del consumatore «deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria» (art. 33, lett. t), d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)<sup>495</sup>.

---

<sup>495</sup> Prima dell'entrata in vigore del Codice del consumo, i dubbi interpretativi erano legati al confronto tra il testo della direttiva 93/13/CEE e l'art. 1469 *bis* c.c. In particolare, l'allegato alla direttiva, nell'elencare le clausole «che possono essere dichiarate abusive», indica, alla lett. q), quelle che hanno per oggetto o per effetto di «sopprimere o limitare l'esercizio delle azioni legali o vie di ricorso del consumatore, in particolare *obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche*, limitando indebitamente i mezzi di prova a disposizione del consumatore, o imponendogli un onere della prova che, ai sensi della legislazione applicabile, incomberebbe a un'altra parte del contratto» (corsivo aggiunto). Il legislatore italiano, con l'art. 1469 *bis*, comma 3, c.c., pur mantenendo la presunzione di vessatorietà in relazione alle ipotesi considerate dalla direttiva, non ha espressamente annoverato tra le medesime le clausole che deferiscono la lite ad arbitrato, limitandosi ad indicare quelle che implicano deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria (n. 18). La problematica è rimasta sostanzialmente inalterata con l'entrata in vigore del Codice del consumo, dal momento che la lett. t) dell'art. 33 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 recepisce il testo dell'abrogato n. 18, comma 3, art. 1469 *bis* c.c. Nel silenzio della legge, le opzioni dottrinali sono state diverse. Vi è stato chi ha auspicato che la giurisprudenza considerasse abusive le clausole per arbitrato irrituale, trattandosi della figura di arbitrato più insidiosa per il consumatore, perché non regolata da disposizioni giuridiche. In questo senso, CONSOLO C., DE CRISTOFARO M., *Clausole abusive e processo*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 473, pur rilevando rammaricamente che il legislatore italiano avesse mal recepito la direttiva, attraverso l'impiego di una nozione che si presta ad essere riferita solo all'arbitrato rituale, atteso che il compromesso in arbitri irrituali non comporta alcuna effettiva deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria. Altra opzione ritiene che tutte le clausole arbitrali, sia rituali che irrituali, possano formare oggetto di valutazione di abusività (in questi termini, DE NOVA G., *Clausole vessatorie e contratti turistici*, in *I Contratti*, 1997, p. 87). Infine, non è mancato chi ha escluso in radice che le clausole compromissorie possano presumersi vessatorie (BERLINGUER A., *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato*, vol. II, *Le materie non compromettibili*, Torino, 1999, p. 296 ss.). Oggi, sulla scorta dell'insegnamento della Corte di giustizia, si impone la presunzione di vessatorietà

In secondo luogo, è chiaro che i principi enunciati nella sentenza, in merito alla impugnabilità del lodo per vessatorietà della clausola compromissoria anche in mancanza di eccezione nel procedimento arbitrale e alla rilevabilità d'ufficio della vessatorietà nel corso del processo di impugnazione del lodo promosso per altro motivo di nullità, sono destinati a trovare applicazione anche con riferimento alla disciplina italiana.

In questa prospettiva, la impugnabilità della decisione arbitrale per violazione dell'ordine pubblico, benché invocata nella sentenza *Mostaza Claro* come ipotesi solutoria in relazione al tema della vessatorietà della clausola compromissoria, nel nostro ordinamento non sembra rappresentare l'esito più corretto, se non altro perché la nozione di ordine pubblico è contemplata come motivo di impugnazione per nullità esclusivamente in riferimento al contenuto e all'oggetto del lodo<sup>496</sup>.

Il vizio considerato, poiché relativo alla invalidità della decisione arbitrale per carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri (derivante, appunto, dalla natura vessatoria della clausola compromissoria) dà luogo ad un *error in procedendo* riconducibile nell'art. 829, comma 1, n. 1.

Ora, è noto che a differenza della previgente disciplina<sup>497</sup>, le attuali disposizioni del codice di rito risultanti dagli artt. 817, comma 2, e 829, comma 1, n. 1, prevedono che la inesistenza, invalidità e inefficacia della convenzione di arbitrato non tempestivamente fatta valere nel procedimento arbitrale (*rectius*, «nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri») è questione definitivamente preclusa, che non può dar vita ad un ammissibile motivo di impugnazione per nullità del lodo arbitrale<sup>498</sup>. Si prevede, dunque, un regime preclusivo analogo a quello contemplato nella previgente *Ley de Arbitraje* e oggetto di censura nella sentenza *Mostaza Claro*.

---

della clausola compromissoria senza alcuna distinzione tra arbitrato rituale e irrituale (distinzione peraltro estranea alla gran parte degli ordinamenti dei singoli Stati membri), salva la prova della trattativa individuale.

<sup>496</sup> MARINUCCI E., *Impugnazione del lodo per vessatorietà della clausola arbitrale: inammissibilità di preclusioni*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 68.

<sup>497</sup> Laddove l'invalidità della convenzione di arbitrato poteva condurre all'annullamento del lodo a prescindere da qualunque eccezione di parte nel corso del giudizio arbitrale e anche per effetto di un rilievo officioso nel corso del giudizio di impugnazione (MARINUCCI E., *op. ult. cit.*, p. 66).

<sup>498</sup> RICCI E. F., *Clausola compromissoria «vessatoria» e impugnazione del lodo*, cit., p. 1087.

Astrattamente, nell'ambito di tale contesto impositivo della preclusione sono riconducibili anche le ipotesi di vessatorietà delle clausole arbitrali contenute in un contratto asimmetrico, perché sanzionate con la nullità. Ne consegue allora che la preclusione delineata dall'art. 817, comma 2, c.p.c. risulta limitata, per effetto della giurisprudenza della Corte, da una importante «eccezione di origine comunitaria»<sup>499</sup>.

### 3.5.2 *La sentenza Asturcom e la problematica dei margini di controllo della natura abusiva della clausola compromissoria nell'ambito dell'esecuzione forzata di un lodo non tempestivamente impugnato. Riflessioni sulla acritica soluzione prospettata dalla legislazione spagnola.*

Tre anni più tardi, con la sentenza *Asturcom*, la Corte di giustizia è stata chiamata a verificare se la direttiva 93/13/CEE imponesse al giudice investito di un ricorso per l'esecuzione forzata di un lodo definitivo di rilevare d'ufficio la natura abusiva della clausola compromissoria<sup>500</sup>. La peculiarità della vicenda sottoposta alla

---

<sup>499</sup> RICCI E. F., *op. loc. ult. cit.*; in questi termini anche RASIA C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, cit., p. 174; D'ALESSANDRO E., *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 679. *Contra*, MARINUCCI E., *Impugnazione del lodo per vessatorietà della clausola arbitrale: inammissibilità di preclusioni*, cit., p. 68, secondo cui il contrasto tra il regime preclusivo di cui all'art. 817, comma 2, c.p.c. e la direttiva è soltanto apparente, dal momento che la fattispecie considerata dalla Corte di giustizia dovrebbe essere ricondotta nella nullità della clausola compromissoria per non arbitrabilità della controversia. Risulterebbe, dunque, applicabile l'ultima parte del comma 2 dell'art. 817 c.p.c., che sottrae dal regime preclusivo le controversie non arbitrabili.

<sup>500</sup> La vicenda da cui deriva la pronuncia *Asturcom* presenta diversi punti in comune a quella che ha dato origine alla sentenza *Mostaza Claro*. La sig.ra Rodríguez Nogueira aveva concluso con la Asturcom un contratto di abbonamento per la telefonia mobile, il quale conteneva una clausola compromissoria che sottoponeva ogni controversia concernente l'esecuzione del contratto stesso all'arbitrato dell'*Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad* con sede a Bilbao. Poiché la sig.ra Rodríguez Nogueira non saldava alcune fatture e recedeva dal contratto prima dello scadere della durata minima dell'abbonamento convenuta, la Asturcom avviava nei suoi confronti un procedimento arbitrale nell'ambito del quale la convenuta restava contumace. Divenuto definitivo il lodo, l'Asturcom proponeva innanzi al *Juzgado de Primera Instancia n. 4 de Bilbao* una domanda di esecuzione forzata del suddetto lodo arbitrale. Il giudice, constatato che la clausola compromissoria contenuta nel contratto d'abbonamento aveva carattere abusivo (anche in ragione del fatto che le

cognizione della Corte attiene al fatto che la consumatrice era rimasta contumace nel procedimento arbitrale e, risultata soccombente, non aveva impugnato il lodo onde far valere la natura abusiva del *convenio arbitral*, contribuendo a determinarne il passaggio in giudicato.

In tale sentenza la Corte afferma che il giudice investito dell'esecuzione di un lodo definitivo è tenuto ad accertare la eventuale natura abusiva della clausola compromissoria *solo se* tale valutazione è possibile, secondo in diritto nazionale, per ricorsi analoghi di natura interna.

La conclusione a cui giunge la Corte si basa sul rilievo che il termine di due mesi per proporre la *acción de anulación* avverso la decisione arbitrale non è tale «da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario»<sup>501</sup>. Sicché, accertata la compatibilità con il *principio di effettività* della disciplina spagnola in materia di impugnazione della decisione arbitrale, eventuali ulteriori margini di controllo nell'ambito del processo esecutivo possono configurarsi solo alla luce del *principio di equivalenza*. E ciò induce ad affermare che «qualora un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale definitivo debba, secondo le norme procedurali interne, valutare d'ufficio la contrarietà di una clausola compromissoria con le norme nazionali d'ordine pubblico, egli è parimenti tenuto a valutare d'ufficio il carattere abusivo di detta clausola alla luce dell'art. 6 della direttiva 93/13, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine»<sup>502</sup>.

---

spese che il consumatore avrebbe dovuto sostenere per recarsi alla sede dell'ente arbitrale erano superiori all'importo della somma oggetto della controversia principale) e che la *Ley 1/2000* non prevedeva alcuna disposizione relativa alla valutazione del carattere abusivo delle clausole compromissorie ad opera del giudice competente a statuire su un ricorso per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale divenuto definitivo, proponeva rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia.

<sup>501</sup> Corte di giustizia, sentenza *Asturcom*, cit., punto 48. Il relazione al principio di effettività, la Corte aggiunge altresì che il medesimo principio «non può, in circostanze come quelle della causa principale, giungere al punto di esigere che un giudice nazionale debba non solo compensare un'omissione procedurale di un consumatore ignaro dei propri diritti, come nella causa che ha dato luogo alla citata sentenza *Mostaza Claro*, ma anche supplire integralmente alla completa passività del consumatore interessato che, come la convenuta nella causa principale, non ha partecipato al procedimento arbitrale e neppure proposto un'azione d'annullamento contro il lodo arbitrale divenuto per tale fatto definitivo» (punto 47).

<sup>502</sup> Corte di giustizia, sentenza *Asturcom*, cit., punto 53.

Benché la disciplina spagnola in materia di forme e tempi per la proposizione dell'impugnazione per nullità a motivo della natura abusiva della clausola compromissoria sia stata considerata compatibile con il principio di effettività, la sentenza *Asturcom* non ha mancato di produrre effetti nell'ordinamento interessato. Invero, il legislatore del 2015, con una soluzione a dir poco esorbitante, ha previsto che in sede di esecuzione di un lodo arbitrale che trae fondamento in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, il giudice debba apprezzare l'eventuale esistenza di clausole aventi natura abusiva prima di disporre l'esecuzione<sup>503</sup>.

---

<sup>503</sup> «Si se tratare de ejecuciones de laudos arbitrales que se fundamenten en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, que no estuvieran archivadas definitivamente, se seguirá el procedimiento descrito en el apartado anterior a fin de apreciar si alguna de sus cláusulas pudiera ser calificada de abusiva» (*Disposición transitoria segunda. Procesos monitorios y ejecución de laudos arbitrales*, par. 3, Ley 42/2015). Dunque, l'accertamento officioso riguarda non solo la natura abusiva della clausola compromissoria, ma altresì qualunque altra clausola contenuta nel contratto a base della pretesa creditoria del professionista e da cui scaturisce la competenza degli arbitri. Ora, affinché tale innovazione possa essere compresa e contestualizzata, occorre effettuare alcune brevi precisazioni in relazione alle numerose riforme approvate nell'ordinamento spagnolo al fine di garantire l'effettiva applicazione della normativa consumeristica anche nei procedimenti speciali e nel processo esecutivo. Con la sentenza del 14 giugno 2012, causa C-618/10, *Banco Español de Crédito*, la Corte di giustizia afferma che il diritto dell'Unione osta ad una normativa di uno Stato membro «che non consente al giudice investito di una domanda d'ingiunzione di pagamento di esaminare d'ufficio, *in limine litis* né in qualsiasi altra fase del procedimento, anche qualora disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, la natura abusiva di una clausola sugli interessi moratori inserita in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, in assenza di opposizione proposta da quest'ultimo». Al fine di recepire tali indicazioni, la Ley 42/2015, del 5 ottobre ha modificato la disciplina del procedimento monitorio, prevedendo che il *Letrado de la Administración de Justicia*, competente ad accertare l'ammissibilità della domanda e a adottare il *requerimiento de pago*, debba trasmettere il fascicolo al giudice nei casi in cui il documento posto a base della domanda sia un contratto concluso tra un professionista e un consumatore. Il giudice dovrà accertare d'ufficio l'esistenza di clausole abusive fissando, in caso affermativo, una udienza per la comparizione delle parti all'esito della quale potrà dichiarare l'improcedibilità della domanda o la continuazione del procedimento senza l'applicazione della clausola abusiva. Analogo incidente di cognizione è stato previsto dalla Ley 1/2013, del 14 maggio, completata dalla quarta disposizione finale della Ley 8/2013, del 26 giugno, in relazione all'esecuzione di titoli stragiudiziali, dove del pari si prevede che il giudice è tenuto ad accertare d'ufficio l'esistenza di clausole contrattuali aventi natura abusiva prima di disporre l'esecuzione (articolo 552, par. 1, della LEC, come modificato dalla quarta disposizione finale della Ley 8/2013, secondo cui «[e]l

Peraltro, tale soluzione, oltre ad apparire non doverosa nella prospettiva dell'ordinamento dell'Unione, risulta altresì poco coerente sotto il profilo sistematico, laddove si consideri che il consumatore che subisce l'esecuzione forzata di un lodo definitivo non può proporre opposizione a motivo della natura abusiva della clausola compromissoria (o di altre clausole contenute nel contratto da cui origina la competenza arbitrale). Invero, benché le più recenti riforme spagnole in materia di processo esecutivo abbiano esteso il catalogo dei motivi che possono sorreggere l'opposizione per ragioni di merito onde ricomprendervi l'esistenza, nel titolo esecutivo, di clausole contrattuali aventi natura abusiva, tale innovazione non trova applicazione in relazione ai titoli esecutivi giudiziali e arbitrali<sup>504</sup>.

---

tribunal examinará de oficio si alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 puede ser calificada como abusiva»). Anche in questo caso la riforma è stata indotta da alcune sentenze della Corte di giustizia in materia consumeristica, in particolare la sentenza 14 marzo 2013, causa C-415/11, *Mohamed Aziz contro Caixa d'Estalvis de Catalunya* e la successiva (anche alla riforma) ordinanza 14 novembre 2013, cause riunite C-537/12 e C-116/13, *Banco Popular Español e Banco de Valencia*. In sostanza, il legislatore spagnolo introduce un incidente di cognizione analogo a quelli appena visti anche in relazione all'esecuzione dei lodi, sebbene tale soluzione non fosse affatto imposta dalla sentenza *Asturcom*.

<sup>504</sup> Invero, al fine di dar seguito alla sentenza della Corte di giustizia 14 marzo 2013, causa C-415/11, *Mohamed Aziz contro Caixa d'Estalvis de Catalunya*, dedicata alla *ejecución hipotecaria*, il legislatore spagnolo, con la Ley 1/2013, del 14 maggio, ha apportato diverse modifiche alla disciplina del processo esecutivo. Andando con ordine, la sentenza *Mohamed Aziz* appena citata affermava che la Direttiva 93/13/CEE osta ad una normativa di uno Stato membro la quale non prevede, nel contesto della esecuzione ipotecaria, motivi di opposizione tratti dal carattere abusivo di una clausola contrattuale che costituisce il fondamento della esecuzione e, al contempo, non consente al giudice del merito, competente a valutare il carattere abusivo di una clausola del genere, di emanare provvedimenti provvisori, tra cui, in particolare, la sospensione di detto procedimento esecutivo. La sentenza appena citata è stata completata dalla citata ordinanza *Banco Popular Español e Banco de Valencia* che, benché successiva rispetto alla riforma di cui alla Ley 1/2013, contribuisce a chiarire la portata del principio affermato in *Mohamed Aziz*. Nell'ordinanza si affermava l'incompatibilità, con la Direttiva 93/13/CEE, della normativa processuale spagnola che non consente al giudice *dell'esecuzione* né di valutare, d'ufficio o su domanda del consumatore, il carattere abusivo di una clausola contenuta nel contratto che costituisce il fondamento dell'esecuzione, né di adottare provvedimenti provvisori, tra i quali, segnatamente, la sospensione dell'esecuzione. Veniamo alla Ley 1/2013, del 14 maggio. Questi i profili di novità: a) con riferimento alla *ejecución hipotecaria*, la Ley 1/2013 amplia i motivi di opposizione all'esecuzione, prevedendo tra quelli già contemplati nell'articolo 695 della LEC anche il carattere abusivo delle clausole contrattuali; b) la medesima Ley



Sicché, allo stato attuale del diritto positivo, laddove l'esecuzione forzata sia sorretta da un lodo definitivo, il giudice è tenuto ad accertare *ex officio* l'esistenza nel contratto a base della pretesa creditoria del professionista di clausole aventi natura abusiva (prima tra tutti la clausola compromissoria), ma questo stesso motivo non può essere fatto valere dal consumatore attraverso l'opposizione per ragioni di merito. In altre parole, la natura abusiva della clausola compromissoria è idonea a paralizzare l'esecuzione forzata del lodo (pur non impugnato tempestivamente) solo se è il frutto di un rilievo officioso del giudice dell'esecuzione, non anche se derivi da una iniziativa oppositoria del consumatore/debitore.

### 3.5.3 *L'incidenza della sentenza Asturcom nell'ordinamento interno e il tema del rapporto tra l'ambito del controllo demandato al giudice dell'exequatur e quello attribuito al giudice dell'impugnazione.*

Posti questi rilievi legati all'ordinamento direttamente interessato dalla sentenza *Asturcom*, si tratta adesso di verificare come la medesima pronuncia possa incidere sul nostro ordinamento.

Il più ampio termine (breve), di novanta giorni, previsto dall'art. 828 c.p.c. ai fini della proposizione dell'impugnazione per nullità, rispetto a quello di due mesi contemplato dall'ordinamento spagnolo, entrambi decorrenti dalla notificazione del lodo, induce *a fortiori* a ritenere che anche in relazione al nostro ordinamento la problematica involge non già il *principio di effettività* bensì quello di *equivalenza*.

In materia di arbitrato vi è, però, una differenza sostanziale tra i due ordinamenti: in quello spagnolo il lodo arbitrale è di per sé titolo

---

interviene sull'articolo 557 della LEC, disposizione di carattere generale dedicata alla opposizione all'esecuzione per ragioni di merito laddove fondata su un titolo diverso da quelli giudiziali e arbitrali, includendo tra i motivi di opposizione previsti nel primo paragrafo l'esistenza di clausole abusive nel titolo esecutivo. Quest'ultimo l'aspetto rilevante ai nostri fini: l'ampliamento del catalogo dei motivi che possono essere posti a base dell'opposizione per ragioni di merito non riguarda l'esecuzione sorretta da un titolo esecutivo giudiziale o da un lodo arbitrale. Correttamente il legislatore del 2013 ha ritenuto che la natura abusiva della clausola compromissoria fosse questione da far valere, a pena di decadenza, attraverso la *acción de anulación* avverso il lodo arbitrale, con preclusione di qualunque altro accertamento della fase esecutiva. Diversamente si muove la Ley 42/2015, la quale estende anche all'esecuzione sorretta da un titolo arbitrale i doveri, gravanti sul giudice nell'esecuzione, di accertamento officioso circa l'eventuale esistenza di clausole contrattuali aventi natura abusiva.

esecutivo, mentre in quello italiano il lodo può sorreggere l'esecuzione forzata solo se omologato, nel qual caso l'equivalenza tra il lodo e l'atto giurisdizionale sotto il profilo dell'efficacia esecutiva è massima. Ciò vuol dire che l'area dei possibili motivi di opposizione ex art. 615 si restringe ai fatti modificativi o estintivi del diritto accertato dagli arbitri non coperti dal giudicato arbitrale, nonché a quei gravi vizi del *dictum* arbitrale che, dando luogo alla nullità assoluta (o inesistenza) dello stesso, sono sottratti alla regola dell'assorbimento in gravame<sup>505</sup>.

Dunque, l'accertamento della nullità per abusività della clausola compromissoria è «assorbito» nell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale – anche se il motivo non sia stato eccepito «nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri», ex art. 817, comma 2, secondo l'insegnamento *Mostaza Claro* –, sicché l'inutile decorso del termine per impugnare o il rigetto dell'impugnazione impediscono il transito di quell'accertamento in un diverso processo di cognizione introdotto per effetto dell'opposizione all'esecuzione.

Vi è però una ulteriore sede in cui quell'accertamento potrebbe *in via ipotetica* transitare, vale a dire quella omologatoria, necessaria ad attribuire al lodo efficacia esecutiva. Si tratta di una sede ulteriore e, come detto, estranea all'ordinamento spagnolo, dove il *dictum* arbitrale è già assistito dall'efficacia esecutiva<sup>506</sup>.

L'ambito dell'accertamento omologatorio è delineato dall'art. 825 c.p.c., a norma del quale la parte che intenda far eseguire il lodo nel territorio della Repubblica è tenuta a depositare il lodo in originale, o

---

<sup>505</sup> BOCCAGNA S., *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, 2005, p. 408 s.

<sup>506</sup> Su questo profilo vi è una non trascurabile differenza tra la *Ley de arbitraje* del 1988 (*Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje*) e quella del 2003 (*Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*). L'art. 53 della *Ley* del 1988 prevedeva la possibilità di procedere ad esecuzione forzata in base al lodo a seguito dell'inutile decorso del termine di impugnazione. Oggi, invece, il *dictum* arbitrale può essere portato ad esecuzione anche in pendenza del termine per proporre la *acción de anulación*, ferma la possibilità per la parte soccombente di richiedere la sospensione dell'esecuzione dietro prestazione di una cauzione. Nell'ambito della *exposición de motivos* alla *Ley 60/2003* si evidenzia che l'innovazione è legata all'esigenza di contemperare le esigenze della parte soccombente con quelle dell'esecutante. «La ejecutividad del laudo no firme se ve matizada por la facultad del ejecutado de obtener la suspensión de la ejecución mediante la prestación de caución para responder de lo debido, más las costas y los daños y perjuicios derivados de la demora en la ejecución. Se trata de una regulación que trata de ponderar los intereses de ejecutante y ejecutado».

in copia conforme, nella cancelleria del Tribunale nel cui circondario vi è la sede dell'arbitrato.

I dubbi in proposito sono legati al fatto che la parte interessata è tenuta contestualmente a depositare «l'atto contenente la convenzione di arbitrato, in originale o in copia conforme», deposito il quale consentirebbe al giudice dell'*exequatur* di avere uno strumento a disposizione al fine di accertare l'eventuale natura abusiva della clausola compromissoria.

Senonché, il diritto positivo sembra escludere che l'ambito del controllo omologatorio possa ricomprendere anche la validità dell'accordo compromissorio, essendo il giudice tenuto ad accertare non già la «validità» o «regolarità» *tout court* del lodo, bensì solo la regolarità formale del medesimo<sup>507</sup>. Pur senza addentrarsi nell'ambito della dibattuta nozione di «forma» accolta in dottrina con riferimento all'art. 156 c.p.c.<sup>508</sup>, appare evidente che la formula impiegata dall'art. 825 c.p.c. sembra circoscrivere l'oggetto di tale controllo solo a quei vizi del *dictum* arbitrale che, riguardando l'osservanza o meno dello schema fissato in astratto dall'art. 823 c.p.c., «risultino rilevabili *ictu oculi* dalla semplice lettura della decisione (e dei documenti depositati in cancelleria), senza richiedere particolare operazioni interpretative»<sup>509</sup>.

In questa prospettiva, il contestuale deposito «dell'atto contenente la convenzione di arbitrato» avrebbe il solo scopo di consentire la verifica, meramente sommaria ed estrinseca, della riconducibilità ad un precedente accordo compromissorio tra le parti del *dictum* arbitrale, nei suoi termini oggettivi e soggettivi, nonché la

---

<sup>507</sup> BOCCAGNA S., *op. ult. cit.*, p. 429.

<sup>508</sup> Su cui AULETTA F., *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999, p. 132 ss.

<sup>509</sup> BOCCAGNA S., *op. ult. cit.*, p. 429 s. Secondo l'A., l'esame del Tribunale deve riguardare anzitutto l'osservanza di quelle prescrizioni formali la cui violazione dà luogo a nullità del *dictum* arbitrale a norma dell'art. 829, n. 5, c.p.c., vale a dire gli attuali nn. 5), 6) e 7) dell'art. 823, nonché il rispetto dei requisiti di cui agli attuali nn. 3) e 4) dell'art. 823 c.p.c., per consentire al medesimo Tribunale di verificare la riconducibilità del *dictum* arbitrale ad un precedente accordo compromissorio tra le parti (specie p. 412 e 416, nota 17). Cfr. MONTESANO L., *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua «omologazione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 824, secondo cui il giudizio di omologazione ospita «una cognizione, sui requisiti di validità del lodo, superficiale perché tratta solo dalla documentazione occorrente al deposito», requisiti che possono formare oggetto di cognizione piena nella sede impugnatoria laddove il lodo sia impugnato ai sensi dei nn. 4) e 5) dell'art. 829.

corrispondenza tra la convenzione di arbitrato indicata nel lodo e quella depositata<sup>510</sup>, risultando invece riservata al giudice dell'impugnazione la più approfondita indagine circa la validità della convenzione di arbitrato, ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 1.

Depone in tal senso anche la configurazione del procedimento, «estremamente snello», necessario per la concessione dell'*exequatur*, nell'ambito del quale non è prevista «la previa instaurazione del contraddittorio»<sup>511</sup>.

Per concludere, la natura abusiva della clausola compromissoria sembra riconducibile all'esclusivo sindacato del giudice dell'impugnazione, e ciò per due ordini di ragioni: per un verso, tale profilo sembra difficilmente riconducibile al concetto di «regolarità formale» del lodo; per altro verso, rispetto ad un simile accertamento appare inadeguato il procedimento disciplinato dall'art. 825.

Una volta escluso che la nullità per abusività dell'accordo compromissorio possa costituire oggetto di un accertamento da parte del giudice dell'*exequatur*, diviene irrilevante, ai nostri fini, la problematica del rapporto tra l'ambito del controllo omologatorio del Tribunale e quello demandato al giudice dell'impugnazione. Ossia,

---

<sup>510</sup> BOGNAGNA S., *op. ult. cit.*, p. 416 ss. Si tratta di un accertamento qualitativamente diverso rispetto a quello, più approfondito, che è chiamato a compiere il giudice dell'impugnazione ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 4, circa l'osservanza, da parte degli arbitri, dei limiti della *potestas iudicandi* attribuitagli dalle parti. In termini sostanzialmente analoghi MONTESANO L., *op. loc. ult. cit.*

<sup>511</sup> Le parole tra virgolette sono di Corte cost., sentenza 4 marzo 1992, n. 80, in *Riv. arb.*, 1992, p. 437, con nota adesiva di CARPI F., *Sospensione dell'esecutività del lodo omologato e tutela del diritto di difesa*. In tale pronuncia la Corte costituzionale affronta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 825 c.p.c., che era stata sollevata dal Pretore di Roma sotto il profilo della violazione dell'art. 25, comma 2, Cost., per mancata previsione dell'obbligo di convocazione delle parti prima dell'emissione del decreto di esecutorietà del lodo arbitrale. La Consulta respinge i rilievi di incostituzionalità con due diverse considerazioni. Da una parte – questo il profilo di interesse ai fini della problematica di cui al testo – in base al «ben circoscritto» ambito del controllo demandato al giudice dell'*exequatur*, da condurre nel contesto di un procedimento che coerentemente è «estremamente snello». Dall'altra, in base alla considerazione che il contraddittorio è garantito nel corso del procedimento arbitrale e successivamente all'emanazione del decreto pretorile (oggi del Tribunale). Si afferma, infatti, che il menzionato decreto «si colloca, come appendice terminale, dopo la procedura arbitrale nel corso della quale il contraddittorio tra le parti ha avuto possibilità di estrinsecarsi» e che «l'ordinamento appresta adeguati strumenti processuali per instaurare successivamente all'emanazione del decreto pretorile il contraddittorio delle parti sulla sussistenza, o meno, dei presupposti per la declaratoria di esecutività del lodo».

ritenere che la sentenza che respinge l'impugnazione per nullità renda non necessario il deposito e l'omologazione *ex art.* 825 c.p.c., dal momento che il controllo omologatorio sarebbe tutto ricompreso nell'ambito di quello possibile, anche *ex officio*, in sede di impugnazione per nullità, risultando invece necessario il deposito allorché il lodo sia divenuto inimpugnabile per decorso dei termini o per acquiescenza (nel qual caso però essendo il giudice dell'*exequatur tenuto* a dichiarare l'esecutività del lodo)<sup>512</sup>. O, diversamente,

---

<sup>512</sup> La problematica del rapporto tra il controllo esercitato dal giudice in sede di *exequatur* e quello esercitabile, eventualmente anche d'ufficio, dal giudice dell'impugnazione, si è posto soprattutto all'indomani della legge 5 gennaio 1994, n. 25, la quale, come è noto, ha sottoposto il lodo pur non depositato all'impugnazione per nullità. La tesi appena indicata nel testo è stata sostenuta da MONTESANO L., *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale*, cit., specie p. 823 ss., tesi che muove dalla premessa secondo cui nel nuovo sistema delineato dalla riforma del 1994 il lodo non più impugnabile per nullità sarebbe esecutivo pur se non omologato. È questa la conclusione desunta da un «serio indizio» di diritto positivo, vale a dire la proponibilità dell'opposizione di terzi anche avverso il lodo non omologato (cfr. artt. 827, comma 2, c.p.c. e 831, comma 3, successivi alla legge n. 25/1994, da cui si desume che il lodo è opponibile da terzi nei casi di cui all'art. 404 c.p.c., «indipendentemente dal deposito»), laddove, come è noto, l'opinione dominante in dottrina e in giurisprudenza rinviene nella forza esecutiva del provvedimento oggetto di opposizione la fonte del pregiudizio del terzo. Dunque, secondo l'A., per un verso, «la sentenza, che respinge l'impugnazione per nullità, dà, senza dubbio, forza esecutiva al lodo e concorre con questo [...] a costituire il titolo esecutivo», per altro verso, la mancata impugnazione per nullità del lodo depositato vincola il giudice dell'*exequatur* «a dichiarare l'esecutività del lodo sol che ne verifichi il deposito e la non impugnabilità in base alle date di notifica o di ultima sottoscrizione risultanti dalla copia depositata», risultando precluso ogni altro accertamento riconducibile alla nozione di «regolarità formale» perché trattasi di un aspetto non più contestabile «neppure in via di cognizione normale» (specie p. 824 e 825). L'opzione è ribadita in *Magistrature – ordinarie e speciali – e arbitri nella giustizia civile secondo la Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 654, dove si afferma che il giudice dell'*exequatur* deve «non conferire al detto lodo non più impugnabile una esecutività e una trascrivibilità conseguenti ad una cognizione giudiziaria, ma prendere atto che esso è esecutivo e trascrivibile, e semplicemente *documentare* tale esecutività e trascrivibilità» (corsivo dell'A.). In una posizione parzialmente diversa si colloca BRIGUGLIO A., *Impugnabilità ed efficacia del lodo non omologato dopo la legge di riforma n. 25 del 5 gennaio 1994*, in *Giust. civ.*, 1994, p. 295, il quale sostiene, da un lato, che il rigetto dell'impugnazione per nullità rende irrilevante l'omologazione, potendo questa essere surrogata dall'immediata esecutività della sentenza del giudice dell'impugnazione, sicché il titolo sul quale fondare il procedimento esecutivo sarebbe costituito dal lodo e dalla sentenza giudiziale che lo conferma. E, dall'altro, che l'infruttuosa decorrenza dei termini per impugnare rende comunque necessario il controllo omologatorio, dal momento che non opera in tal

affermare che quel controllo sulla regolarità formale da parte del giudice dell'omologazione sia sempre necessario, perché in esso troverebbe espressione il filtro attraverso il quale lo Stato si riserva di verificare la sussistenza delle condizioni essenziali per accedere alla tutela esecutiva<sup>513</sup>. Per tale via, escludere qualunque interferenza tra l'impugnazione per nullità e il procedimento di *exequatur*, imponendo anche a fronte di un lodo definitivo, perché non impugnato o perché confermato in sede di impugnazione, il controllo omologatorio *ex art. 825*<sup>514</sup>.

---

caso «l'efficacia di alcuna pronunzia giurisdizionale (di rigetto dell'impugnazione), ma solo è dato riscontrare la inimpugnabilità del lodo» (specie p. 308 e 309).

<sup>513</sup> È questa la posizione di RASCIO N., *Immodificabilità del lodo ed efficacia esecutiva*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 291 ss. Nel dettaglio, la tesi secondo cui la preclusione dell'impugnazione per nullità renda irrilevante l'omologazione è criticata dall'A. per diverse ragioni: a) anzitutto, per la funzione svolta dal procedimento di omologazione, «attraverso il quale lo Stato si riserva di verificare se sussistono le condizioni per consentire l'accesso delle pronunce arbitrali nazionali alla tutela esecutiva»; b) in secondo luogo, perché appare «difficile immaginare che la decadenza dall'impugnazione, predisposta unicamente per tutelare la parte soccombente, possa surrogare e dunque escludere quel controllo del pretore»; c) infine, perché non è previsto alcun limite temporale per lo svolgimento del controllo omologatorio, circostanza che confermerebbe l'utilità del medesimo pur oltre la scadenza dei termini per la proposizione dell'impugnazione per nullità. Più articolata è la posizione dell'A. in relazione all'opzione che vede nel rigetto dell'impugnazione per nullità una vicenda sostitutiva del controllo omologatorio. In relazione a tale aspetto si evidenzia che la legge subordina la concessione dell'*exequatur* ad una richiesta in tal senso ad opera della parte che vi abbia interesse, volendo far eseguire il lodo, trascriverlo ovvero iscrivere ipoteca giudiziale, sicché «ammettere che il rigetto dell'impugnazione conferisce automaticamente efficacia esecutiva al lodo, equivarrebbe a consentire la pronuncia *ex officio* di un provvedimento per il quale la legge richiede l'iniziativa di parte». Inoltre, l'opzione criticata implica un trasferimento della competenza in favore del giudice dell'impugnazione che richiederebbe una apposita previsione normativa.

<sup>514</sup> Tra le due tesi indicate nel testo vi è una opzione intermedia, sostenuta da BOCCAGNA S., *L'impugnazione per nullità*, cit., p. 441, la quale, pur riconoscendo in ogni caso la necessità del controllo omologatorio, afferma che innanzi ad un lodo divenuto definitivo per effetto di preclusione o rigetto dell'impugnazione il medesimo avrebbe un effetto vincolato. Ossia, il giudice dell'*exequatur* sarebbe vincolato alla statuizione della Corte di appello o a prendere atto dell'intervenuta sanatoria del vizio per mancata tempestiva opposizione. La tesi muove da un duplice rilievo. Per un verso, dal dato positivo, il quale sembra evitare qualunque interferenza tra l'impugnazione per nullità e il procedimento di *exequatur*. Per altro verso, dall'inaccettabilità del risultato al quale perviene l'opzione che, postulando l'autonomia tra il controllo demandato al giudice dell'impugnazione e quello effettuato dal giudice dell'*exequatur*, consentirebbe a quest'ultimo di rifiutare l'omologazione per irregolarità formali pur innanzi ad un lodo definitivo.

Come si è detto, si tratta di un dibattito non rilevante ai fini della problematica *de qua*. Invero, anche a voler ritenere che l'immutabilità del *dictum* arbitrale impedisca al giudice dell'*exequatur* di rifiutare l'omologazione per «irregolarità formali» del lodo deducibili ma non dedotte con l'impugnazione per nullità<sup>515</sup>, tale «esito vincolato» del controllo omologatorio non incide in ogni caso sui margini di accertamento della natura abusiva della clausola compromissoria, dal momento che tale accertamento deve ritenersi sempre escluso in quel contesto.

#### 3.5.4 *La rilevanza delle sentenze in materia consumeristica sul tema dei margini di sindacato giurisdizionale in sede di impugnazione della decisione arbitrale.*

Dopo aver analizzato le sentenze della Corte di giustizia che affrontano la problematica dell'applicazione delle norme consumeristiche nell'ambito della tutela arbitrale complessivamente intesa (ossia, comprensiva del procedimento arbitrale e delle successive sedi di intervento giurisdizionale che presuppongono il lodo arbitrale, vale a dire la sede impugnatoria e quella esecutiva), si tratta adesso di verificare come tali pronunzie possano contribuire a ridefinire i margini di sindacato del *dictum* arbitrale da parte del giudice dell'impugnazione.

Si è detto in apertura che le sentenze *Mostaza Claro* e *Asturcom* affrontano la problematica dell'accertamento dell'eventuale natura abusiva della convenzione di arbitrato, sicché delimitano i margini di controllo non già in relazione all'esatta interpretazione e applicazione delle disposizioni dell'Unione regolative del merito della controversia, bensì in riferimento alla sussistenza o meno del potere decisorio degli arbitri.

In realtà, le sentenze sopra analizzate consentono di dimostrare, per un verso, che la Corte di giustizia rinviene nel successivo controllo giurisdizionale un decisivo fattore tranquillizzante e, per altro verso, che quel controllo viene garantito attraverso la valorizzazione del concetto di ordine pubblico.

Senonché, ad una più attenta analisi ci si avvede che il ricorso alla nozione di ordine pubblico appare spesso forzata, producendo un notevole allargamento di una nozione che per definizione dovrebbe essere circoscritta ai principi fondamentali e caratterizzanti un dato

---

<sup>515</sup> È l'opzione prospettata da BOCCAGNA S., *op. ult. cit.*, p. 450 ss.

ordinamento giuridico. Le sentenze in materia consumeristica costituiscono l'esempio lampante di quanto appena detto, laddove il risultato di garantire l'applicazione *ex officio* delle norme a tutela dei consumatori è conseguito attraverso l'affermazione dell'appartenenza della direttiva 93/13/CEE nella sfera dell'ordine pubblico.

Occorre allora chiedersi se la via solutoria sin qui tracciata dalla Corte di giustizia possa considerarsi appagante e idonea a garantire sempre un sufficiente controllo giurisdizionale circa l'esatta interpretazione e/o applicazione della normativa dell'Unione.

Il tema, che sarà affrontato *funditus* in seguito (spec. paragrafi 3.6.1 e 3.8.5), deve essere preceduto da una doverosa (e pregiudiziale) ricostruzione contenutistica e concettuale delle nozioni di «imperatività» e «ordine pubblico».

### **3.6 Le nozioni di indisponibilità, inderogabilità, imperatività e ordine pubblico nel dibattito sulla compromettibilità in arbitri e sui margini di sindacato del giudice dell'impugnazione. Alcuni chiarimenti terminologici.**

Le nozioni di indisponibilità, inderogabilità, imperatività, ordine pubblico, tendono spesso a sovrapporsi nelle opzioni giurisprudenziali e dottrinali riferite alla tutela arbitrale.

In particolare, non di rado si dichiara l'inarbitrabilità delle controversie sul rilievo che vengono in applicazione norme inderogabili, con ovvia confusione tra indisponibilità dei diritti e inderogabilità delle norme da applicare; oppure, si afferma la sindacabilità del lodo per violazione di una normativa di ordine pubblico, anche laddove, nel concreto, tale qualificazione appare ardua da sostenersi.

Come si è cercato di anticipare nei paragrafi precedenti, finanche nella giurisprudenza della Corte di giustizia si assiste ad azzardate sovrapposizioni e confusioni tra i menzionati concetti, benché la medesima abbia dato un contributo notevole nel dibattito sulla compromettibilità in arbitri.

Non è questa la sede per affrontare *principaliter* una delle problematiche che ha più impegnato la cultura non solo processualista, ma anche civilista e internazionalista, vale a dire quella relativa alla distinzione, da una parte, tra diritto indisponibile e norma inderogabile e, dall'altra, tra norma inderogabile e norma di ordine pubblico. Tuttavia, i continui richiami, nelle righe seguenti, a queste nozioni



impongono una loro disamina concettuale, benché senza alcuna pretesa di esaustività e definitività.

In via di prima approssimazione occorre tenere distinte la nozione di *indisponibilità*, da un lato, da quelle di *imperatività* e *inderogabilità*, dall'altra. La prima è diretta a qualificare la situazione giuridica costituita o regolata dalla norma, in termini di inidoneità a formare oggetto di disposizione. Diversamente, le espressioni *inderogabilità* ed *imperatività* sono qualificazioni proprie della norma giuridica, ossia «la situazione è vista sotto il profilo della descrizione (o della qualificazione) del precetto che viene posto dalla norma, *indipendentemente dal riferimento al modo di essere dell'interesse protetto dalla norma*»<sup>516</sup>.

Sul concetto di *indisponibilità* rilevante nella prospettiva del giudizio arbitrale si dirà in seguito (par. 3.8.4), sicché l'analisi può per il momento dirigersi sulle altre nozioni.

Il tema dell'incidenza della norma imperativa sui rapporti privati ha trovato ampio spazio nei contributi della dottrina. Nel non agevole sforzo di sintesi, si possono individuare i connotati dell'imperatività in due profili, i quali, a seconda delle letture, risultano isolatamente oppure congiuntamente valorizzati. Per un verso, l'essere la norma non derogabile dalle manifestazioni di autonomia privata (con sostanziale sovrapposizione dei concetti di *inderogabilità* ed *imperatività*), di modo che l'eventuale violazione genera la più grave reazione civilistica, vale a dire la nullità, che opera di diritto, a prescindere dalla volontà dei singoli che ne siano stati colpiti<sup>517</sup>. Per altro verso, l'essere la norma funzionale alla tutela di un interesse di rilevanza pubblicistica<sup>518</sup>.

---

<sup>516</sup> RUSSO E., *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 578 s. (corsivo aggiunto).

<sup>517</sup> «[L]a nullità, in quanto negazione da parte dell'ordinamento della giuridicità della fattispecie, non può che essere segno incontestabile della natura inderogabile delle disposizioni che la prevedono dal momento che la gravità della «sanzione» comminata non è logicamente concepibile con una qualificazione diversa della imperatività della norma» (MONTICELLI S., *Fondamento e funzione della rilevanza d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 694). Per l'opinione secondo cui la norma imperativa è sinonimo di norma inderogabile, in contrapposizione alla norma dispositiva, già COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924, p. 13.

<sup>518</sup> GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017, p. 15. L'opzione che sembrerebbe godere del maggior credito in dottrina e in giurisprudenza è quella che combina i due profili appena enunciati (sintetizzabili nel criterio teleologico e in

---

quello strutturale), concludendo nel senso che la nullità sarebbe la conseguenza della violazione di una norma imperativa il cui scopo consiste nella tutela di un interesse pubblico. Così già FERRARA F., *Teoria del negozio illecito*, Padova, 1914, p. 23, secondo cui se il fondamento della norma proibitiva è costituito da un interesse sociale, si ha una *lex perfecta* che genera nullità; oggi, tra gli altri, MONTICELLI S., *op. ult. cit.*, spec. p. 673, nota 9, e p. 680, dove si afferma che «è norma imperativa quella che tutela interessi generali dell'ordinamento», precisando però che «non è sempre ipotizzabile un legame biunivoco nel senso suddelineato in quantoché dalla violazione di una norma imperativa non consegue necessariamente la nullità visto che la legge può disporre diversamente»; *contra*, CARRARO L., *Il negozio in frode alla legge*, Napoli, 2014 (ristampa), p. 148 s. In argomento, anche per una dettagliata ricostruzione della giurisprudenza, v. DE NOVA G., *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 435 ss., spec. p. 441 s. Il legame imperatività della norma – interesse generale per l'ordinamento – previsione della nullità del negozio il cui contenuto sia inconciliabile con quell'interesse è spesso rovesciato, considerando cioè la nullità indice di rilevanza pubblicistica dell'interesse protetto.

Un punto di vista diverso è quello che rinviene nell'interesse tutelato la funzione di parametro per distinguere tra negozio illecito e negozio soltanto illegale (CRISCUOLO F., *La nullità del contratto: tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, I, Milano, 1993, p. 359 ss., spec. p. 360; ID., *Ancora sulla compromettibilità in arbitri della questione di nullità del contratto per illiceità*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 274 ss., spec. p. 280; DE NOVA G., *op. ult. cit.*, p. 438 s.; ID., *Nullità del contratto e arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 401 ss., spec. p. 406 s.; GROSSI D., *Inappellabilità del lodo, violazione di norme imperative e «patto compromissorio»*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 523 ss., spec. p. 525 ss.), dal momento che solo nel primo caso il negozio si sottrarrebbe a qualunque ipotesi di sanatoria (arg. ex artt. 2126 e 1972, comma 1, c.c.; sul punto v. in seguito, nel testo e nelle note), prospettiva la quale rompe il necessario connubio norma imperativa/rilevanza pubblicistica dell'interesse protetto. L'opzione propone, di conseguenza, una lettura in chiave assiologica delle disposizioni in tema di nullità del contratto, riconoscendo, per un verso, che la nullità non è una categoria dogmatica unitaria e, per altro verso, che sussistono «più tipi di nullità, in ragione della gerarchia dei valori» (CRISCUOLO F., *Ancora sulla compromettibilità in arbitri*, cit., p. 280; per una lettura in chiave finalistica o assiologica delle disposizioni in tema di forma degli atti di autonomia privata, PERLINGIERI P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, *passim*).

In termini generali, il criterio dell'interesse protetto quale connotato dell'imperatività è criticato da coloro i quali ritengono che nell'odierna realtà costituzionale risulti impossibile scindere in modo netto la sfera pubblicistica da quella privatistica (LONARDO L., *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1992, p. 70 s.; VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 120 s.).

Nella consapevolezza dell'insufficienza del criterio dell'interesse tutelato, la dottrina più recente ha tentato di individuare altrove i criteri suscettibili di riempire di contenuto la clausola di salvezza di cui all'art. 1418, comma 1, c.c. (in virtù del quale la violazione della norma imperativa produce nullità, salvo diversa previsione

Ora, che le norme imperative non siano necessariamente ed indefettibilmente inderogabili è implicito in un sistema nel quale la loro violazione determina di regola, ma non necessariamente, la nullità del negozio (arg. ex art. 1418, comma 1, c.c.)<sup>519</sup>. Conclusione, questa, avvalorata dalle (talvolta eccezionali, ma pur sempre) possibili previsioni di sanatoria – attraverso la conferma o esecuzione (artt. 590 e 799 c.c.), la conservazione (art. 1367 c.c.) e la conversione (art. 1424 c.c.) del negozio nullo – e dai margini di disposizione transattiva (art. 1972, comma 2, c.c.)<sup>520</sup>, laddove il programma negoziale, pur contrario a norme imperative, non dia luogo a illiceità<sup>521</sup>.

---

di legge). Esibisce una articolata posizione VILLA G., *op. ult. cit., passim*, il quale propone di tracciare il campo della nullità non valutando lo scopo della norma in astratto, ma individuando quale elemento dello scambio si ponga concretamente in contrasto con quello scopo, giacché la violazione di una stessa norma può produrre effetti diversi sul negozio in dipendenza del momento in cui si realizza l'infrazione.

Sul significato della nozione di interesse pubblico con particolare riguardo agli atti di autonomia privata, v. PERLINGIERI P., *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 933.

<sup>519</sup> LONARDO L., *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, cit., p. 74, il quale evidenzia che l'art. 1418, comma 1, dimostra che da identiche formulazioni imperative discendono conseguenze non identiche e che norme imperative e non imperative possono partecipare ai medesimi esiti valutativi quanto alla conseguenza inflitta, arg. ex art. 1418, comma 3, c.c., sicché la nullità non rappresenterebbe il parametro decisivo, ma solo un indice per discernere norme imperative – intese quali norme poste a tutela di un interesse superiore – e norme non imperative; in arg. anche FERRI G. B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 148.

<sup>520</sup> PERLINGIERI P., *Forma nei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 19 e p. 124, dove si afferma che la previsione di una serie di salvezze dettate per ogni ipotesi di nullità sembrerebbero «configurare discipline differenziate della nullità destinate in gran parte a incrociarsi e, a volte e difficilmente, distinguendosi da patologie dogmatiche separate quali l'inesistenza, l'annullabilità e l'inefficacia».

<sup>521</sup> Secondo un certo punto di vista (FERRI G. B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., p. 159 ss.) le norme imperative suscettibili di determinare l'illiceità del negozio – dunque idonee ad incidere sul profilo funzionale – sono esclusivamente le norme proibitive (non anche le norme ordinarie o precettive, pur ricomprese nel più generale concetto di norma imperativa). Si afferma, invero, che «soltanto in quanto la norma imperativa ponga un divieto, la causa del negozio giuridico può essere *contra legem*. Le norme precettive e ordinarie, anche se suscettibili di violazione, possono bensì importare l'applicazione di sanzioni di diversa natura e di diversa entità che possono rendere il negozio giuridico irregolare, imperfetto o addirittura giuridicamente inesistente, ma non possono mai portare ad una nullità del negozio per illiceità della causa» (spec. p. 160 e 161; conf. CRISCUOLO F., *La nullità del contratto*, cit., p. 367; sul tema v. anche LONARDO L., *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, cit., p. 94 ss.). Ne

Stigmatizzata la concezione strutturalistica ed estrinseca della norma imperativa, che attribuisce ruolo decisivo alla comminatoria di nullità, altrettanto inappagante sembra essere la concezione teleologica che fa discendere il carattere imperativo dalla natura pubblicistica dell'interesse protetto. Ne è elementare testimonianza il capillare fenomeno delle c.d. nullità di protezione<sup>522</sup>.

Ne deriva l'opportunità di un ridimensionamento delle prospettive che tendono ad esaurire l'essenza dell'imperatività nella inderogabilità della norma (in contrapposizione alla norma dispositiva) o nella dimensione pubblicistica degli interessi tutelati, consegnando a tali prospettive una valenza per lo più descrittiva<sup>523</sup>.

Ora, il profilo che qui interessa sciogliere è il binomio imperatività della norma e indisponibilità del diritto.

È chiaro che l'imperatività del precetto non consente di qualificare in maniera inconfutabile come indisponibile la situazione giuridica

---

consegue che, secondo questa prospettiva, risulterebbe privo di implicazioni concrete l'aver sostituito all'espressione «leggi proibitive», usata nel codice civile previgente per definire l'illiceità, quella di «norme imperative» (come sottolineato da NUZZO M., *Negoziato giuridico*. IV) *Negoziato illecito*, in *Eng. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 5). *Contra* VILLA G., *op. cit.*, p. 84 s. (richiamandosi ad una posizione più genericamente sostenuta da BOBBIO N., *Norma giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1965, p. 332), secondo cui la distinzione tra norme proibitive e norme precettive si fonda su una diversa formulazione letterale della norma, più che su una netta differenza di contenuto. Ed invero, «il comando impone una certa azione e vieta tutti i comportamenti che si pongono contro di essa, il divieto reprime una certa azione, ma non impone dei comportamenti diversi; ne è logica conseguenza che, mentre la norma precettiva è sempre trasponibile in termini di proibizione, la norma proibitiva non è trasponibile in termini di precetto». Dunque, secondo tale prospettiva, le norme suscettibili di introdurre limiti funzionali al potere di autoregolamentazione dei privati sarebbero non solo le norme proibitive, ma anche quelle precettive o ordinarie.

<sup>522</sup> Cfr. VILLA G., *op. cit.*, p. 121, a mente del quale la nullità di protezione «pone una problematica alternativa: infatti, o si ritiene che l'intervento del legislatore che ha sancito la nullità indichi un assorbimento di interessi solitamente attinenti alla sfera privata entro un'area di interesse generale e collettivo; oppure, occorre confessare che non sempre la nullità è destinata a servire unicamente interessi genericamente «pubblici», ma che talora presidia interessi privati di un certo individuo, purché appartenenti alla categoria protetta».

<sup>523</sup> NUZZO M., *Negoziato illecito*, cit., p. 5, secondo cui la categoria delle norme imperative risulta «consapevolmente più ampia di quella delle norme proibitive»; essa può «riguardare sia l'aspetto strutturale che quello funzionale» del negozio; infine, può essere posta «a tutela di un interesse privato la cui realizzazione è considerata necessaria; altre volte a tutela di un interesse di carattere generale, sovraordinato a quello particolare dei soggetti del negozio».

soggettiva da esso discendente, perché in termini generali la norma imperativa non esclude alla radice il compimento degli atti di autonomia privata, ma piuttosto preclude una *differente* regolamentazione in via negoziale dei rapporti, in contrasto col disposto normativo<sup>524</sup>. Dunque, la norma imperativa opera anche in settori connotati da margini di disponibilità più o meno ampi, limitando però l'agire autonomo dei privati attraverso la posizione di comandi e di divieti<sup>525</sup> – che circoscrivono gli spazi di discrezionalità per una diversa disciplina del rapporto<sup>526</sup> – e fornendo il principale metro di valutazione della liceità in relazione al profilo funzionale del negozio<sup>527</sup>.

Considerazioni analoghe possono essere formulate in relazione all'arbitrato. Se la norma imperativa non esclude atti di disposizione, bensì atti di disposizione *ad essa contrari*, allo stesso modo la medesima non preclude a monte la tutela arbitrale, imponendo piuttosto agli arbitri la sua osservanza in sede di risoluzione della controversia. In altri termini, l'imperatività della norma produce il solo effetto di prescrivere un certo parametro di giudizio, quest'ultimo ben potendo essere deferito ad un giudice privato. Così, il lodo che risolve una controversia regolata da una norma imperativa è invalido solo se e nella misura in cui sia accertata l'errata interpretazione e/o applicazione della norma, mentre il lodo su un diritto indisponibile è sempre invalido, a prescindere da ogni indagine sul contenuto del medesimo<sup>528</sup>.

I rilievi che precedono sono sufficienti a dimostrare la non persuasività della tesi che ricollega all'esistenza di norme inderogabili la natura indisponibile del diritto e, quindi, la sua non deferibilità ad

---

<sup>524</sup> CAPUTO E., *Sui criteri di determinazione del carattere imperativo di una norma*, in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 903.

<sup>525</sup> FERRI G. B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., p. 159; NUZZO M., *Negoziio illecito*, cit., p. 5.

<sup>526</sup> CAPUTO E., *op. loc. ult. cit.*

<sup>527</sup> FERRI G. B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, p. 160 ss., secondo cui gli altri due criteri previsti dall'art. 1343 c.c., vale a dire l'ordine pubblico e il buon costume, operano in via sussidiaria rispetto alla norma imperativa (cfr. anche PALADIN L., *Ordine pubblico*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1968, p. 134). Opzione, questa, che può essere condivisa solo nella misura in cui si riconosca una autonomia concettuale tra la norma imperativa e la norma di ordine pubblico (su cui v. *infra* nel testo e nelle note).

<sup>528</sup> LUISO F. P., *L'impugnazione del lodo equitativo per violazione di norme inderogabili*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 501. In giurisprudenza, sulla distinzione tra norme inderogabili e diritti indisponibili, Cass., 27 febbraio 2004, n. 3975.

arbitri. E ciò non solo perché, come detto, gli aggettivi imperatività e indisponibilità vanno correlati a sostantivi diversi – norma il primo e diritto il secondo – mutuando così una autonomia concettuale e funzionale, ma altresì perché ben vi possono essere norme inderogabili in materia di diritti disponibili<sup>529</sup>.

Nella materia arbitrale la linea separatrice tra le nozioni di indisponibilità ed imperatività si fa ancora più netta, dal momento che il lodo pronunciato su materia indisponibile è considerato dalla dottrina maggioritaria finanche *inesistente*<sup>530</sup>, mentre quello pronunciato su controversie regolate da norme imperative è valido in linea di principio. Ed invero, l'eventuale nullità può pronunciarsi solo se: *a*) la norma imperativa possa rientrare nel concetto di ordine pubblico (stante l'irrelevanza di ogni altro errore di giudizio, *ex art. 829, comma 3, c.p.c.*<sup>531</sup>); *b*) risulti accertata l'erronea interpretazione e applicazione della medesima nella sede impugnatoria; *c*) l'impugnazione per nullità sia validamente e tempestivamente proposta dalla parte soccombente (*arg. ex artt. 161, comma 1, 828 ss. c.p.c.*).

Esclusa la necessaria simmetria tra indisponibilità dei diritti ed inderogabilità delle norme – nel senso di affermazione dell'indisponibilità *in ogni ipotesi* di inderogabilità – si tratta adesso di tracciare la distinzione tra norma imperativa e norma di ordine pubblico e l'indagine appare notevolmente più impervia. Essa è complicata anche dalla ricorrenza di diverse nozioni di ordine pubblico: «ordine pubblico materiale», tradizionalmente contrapposto all'«ordine pubblico processuale», nonché «ordine pubblico interno», «ordine pubblico comunitario», «ordine pubblico internazionale» e «ordine pubblico transnazionale», i quali circoscrivono progressivamente il perimetro della nozione comune.

Alcune considerazioni di carattere generale possono agevolare la disamina della coppia imperatività – ordine pubblico.

Anzitutto, l'ordine pubblico è assunto a criterio di valutazione della liceità della causa del negozio, unitamente al buon costume e alle

---

<sup>529</sup> LUISO F. P., *op. loc. ult. cit.*; TENELLA SILLANI C., *L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*, Milano, 2006, p. 52.

<sup>530</sup> Per tutti, LUISO F. P., *Dopo il lodo – il controllo*, in *Riv. arb.*, 2019, p. 5; MARINUCCI E., *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009, p. 68 ss.; CONSOLO C., *L'impugnazione delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, p. 525 ss.

<sup>531</sup> Sulla distinzione tra le nozioni di imperatività e ordine pubblico, v. di seguito, nel testo e nelle note.

norme imperative (art. 1343 c.c.), mentre figura isolatamente nelle disposizioni di diritto internazionale privato, fungendo altresì da condizione ostativa al riconoscimento e all'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e dei lodi<sup>532</sup> resi all'estero. Non sorprende, dunque, che gli sforzi definitivi della nozione – soprattutto in chiave distintiva rispetto a quella di imperatività – siano stati compiuti per lo più in relazione al duplice campo dei limiti all'autonomia contrattuale e delle condizioni di efficacia dei provvedimenti stranieri e delle norme astrattamente richiamate dalle disposizioni di diritto internazionale privato.

Per tale via, le riflessioni dottrinali (soprattutto quelle tradizionali) partono dalla critica al ragionamento circolare che si cela dietro l'indebita confusione tra norma imperativa e norma di ordine pubblico, consistente in ciò che, per un verso, si qualifica la norma come di ordine pubblico in funzione della sua inderogabilità e, per altro verso, si fonda l'inderogabilità della norma sulla circostanza che essa esprima un principio di ordine pubblico<sup>533</sup>.

Sempre sul piano generale, le proposte ricostruttive più o meno recenti mirano ad individuare una *nozione unitaria* di ordine pubblico, che sia cioè idonea a costituire il parametro del giudizio di liceità del negozio (art. 1343 c.c.) e a segnare il confine tra ciò che può avere efficacia giuridica nel nostro ordinamento da ciò che non può averla

---

<sup>532</sup> Come è noto, fino alla riforma del 2006, gli artt. 839 e 840 c.p.c., erano le uniche disposizioni che contenevano un riferimento all'ordine pubblico nell'ambito della disciplina dell'arbitrato. Oggi, diversamente, la nozione di ordine pubblico assume rilevanza non solo ai fini del riconoscimento dei lodi stranieri, ma anche in relazione all'impugnazione per nullità del lodo italiano, costituendo l'unico caso in cui – salva diversa volontà delle parti o diversa previsione di legge – possono denunciarsi nella fase impugnatoria eventuali errori di giudizio degli arbitri (art. 829, comma 3, c.p.c.).

<sup>533</sup> FERRI G. B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., p. 130; LONARDO L., *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, cit., p. 62. Un eco di questo ragionamento lo si rinviene nelle riflessioni di RUSSO E., *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, cit., p. 583 ss., secondo cui i concetti di ordine pubblico e buon costume assumono rilevanza nella ricostruzione della distinzione tra norme imperative e norme cogenti, perché la norma imperativa è quella norma cogente le cui prescrizioni sono fondate sulla tutela dell'ordine pubblico e del buon costume. In altre parole, i due concetti contribuiscono alla qualificazione della norma e *attribuiscono* alla medesima il carattere di imperatività, ossia costituiscono il *plus* che si aggiunge alla cogenza della norma e fa considerare la stessa oltre che cogente anche imperativa.

(spec. artt. 839 e 840 c.p.c.; artt. 64, lett. g), e 65, legge 31 maggio 1995, n. 218)<sup>534</sup>.

---

<sup>534</sup> La nozione unitaria di ordine pubblico poggia sulla consapevolezza che la differenza tra «ordine pubblico interno» e «ordine pubblico internazionale» non è concettuale e contenutistica, ma riguarda soltanto il momento applicativo delle due nozioni, la prima trovando applicazione nelle situazioni prettamente domestiche (limitando l'autonomia negoziale), la seconda nelle situazioni che presentano elementi di estraneità (vale a dire in deroga al collegamento fra il nostro ed i restanti sistemi giuridici statali). Dunque, l'ordine pubblico internazionale è pur sempre manifestazione del diritto interno dello Stato, quella qualificazione indicando soltanto la materia o l'ambito della sua rilevanza, e non il criterio di appartenenza dei valori ivi espressi (FERRI G. B., *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980, p. 1054; PALADIN L., *Ordine pubblico*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1968, p. 135; PERLINGIERI G. – ZARRA G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 55; per una concezione unitaria dell'ordine pubblico, PERLINGIERI P., *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 183 ss.). Del resto, la formulazione dell'art. 31 disp. prel. c.c. già lasciava presagire la commistione tra i due criteri, laddove affermava che quando sono contrari all'ordine pubblico non possono avere efficacia non soltanto le leggi e gli atti di uno Stato estero, ma anche gli ordinamenti e gli atti di qualunque istituzione o ente, nonché le private disposizioni e convenzioni (FERRI G. B., *op. ult. cit.*, p. 1055).

Diversamente, il concetto di ordine pubblico che trae il suo contenuto esclusivamente dal diritto internazionale – e dove il parametro è rappresentato dalle convenzioni internazionali, dalle risoluzioni e raccomandazioni delle organizzazioni internazionali (come l'ONU), dai principi UNIDROIT, dagli usi del commercio internazionale e dai principi generali del diritto comuni alla maggioranza dei sistemi giuridici statali – dovrebbe essere correlato alla diversa nozione di «ordine pubblico transnazionale» (sul punto LAUDISA L., *Arbitrato internazionale e ordine pubblico*, in *Riv. arb.*, 2004, specie p. 859; TAMPIERI T., *Poteri del giudice nazionale, compatibilità con l'ordine pubblico e divieto di riesame nel merito nel riconoscimento di lodi arbitrali stranieri*, in *Riv. arb.*, 2005, specie p. 643 s.).

Giova però rilevare che il diverso ambito applicativo delle nozioni «ordine pubblico interno» e «ordine pubblico internazionale» può indirettamente incidere sulle caratteristiche sostanziali delle medesime, dal momento che «nei casi puramente domestici, ogni Stato è libero di determinare i limiti all'autonomia contrattuale derivanti da regole e principi che esso ritiene espressione del proprio ordine pubblico», mentre «nei casi che recano un elemento di estraneità, le istanze protezionistiche dei singoli ordinamenti vanno bilanciate con la volontà degli ordinamenti stessi di aprirsi a valori e situazioni giuridiche di natura straniera», sicché si verifica una «riduzione dello spettro d'azione di questa clausola generale» (PERLINGIERI G. – ZARRA G., *op. ult. cit.*, pp. 52, 53 e 56, che rinvergono la differenza tra i due concetti nella distinzione tra *principi tecnici*, «i quali non hanno una carica valoriale indiscutibile», operando esclusivamente nell'ambito delle situazioni puramente domestiche, e *principi fondamentali*, «i quali costituiscono l'identità della nostra Repubblica e, in quanto tali, sono espressione dell'assetto



Sotto il profilo concettuale, diverse sono le ricostruzioni proposte in relazione alla nozione di ordine pubblico, alcune delle quali giungono in sostanza a sovrapporsi.

In particolare, si rinviene nell'ordine pubblico «una sintesi verbale degli innumerevoli divieti normativi, altrove frapposti all'azione dei soggetti privati»<sup>535</sup>; oppure il complesso di valori fondamentali su cui si fonda e che caratterizzano l'ordinamento giuridico in un dato momento storico<sup>536</sup>; o ancora, l'insieme dei «principi di ordine etico-politico che costituiscono nell'essenza lo «spirito» dell'ordinamento»<sup>537</sup>; infine, vi è chi (con una impostazione

---

assiologico indiscutibile e irrinunciabile del sistema ordinamentale vigente», spec. p. 219).

<sup>535</sup> PALADIN L., *Ordine pubblico*, cit., p. 133.

<sup>536</sup> FERRI G. B., *Ordine pubblico*, cit., p. 1053; ID., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., p. 191 ss. Questa sembra essere la nozione più ricorrente in dottrina (condivisa, ad esempio, da RUSSO E., *op. ult. cit.*, p. 587 s.; LUZZATTO R., *L'impugnazione del lodo arbitrale «internazionale»*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 33; una accezione più ristretta è prospettata da RADICATI DI BROZOLO L. G., *Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico*, in *Riv. arb.*, 2006, specie p. 633, dove il concetto di ordine pubblico è ancorato alle violazioni manifeste e gravi di un principio assolutamente fondamentale per l'ordinamento). Questa opzione rinviene nelle disposizioni di principio della Costituzione la principale – benché non esclusiva – cornice nell'ambito della quale dedurre l'essenza contenutistica della clausola dell'ordine pubblico, sicché sotto il profilo contenutistico potrebbero esservi sovrapposizioni tra principi costituzionali e ordine pubblico, netta restando la distinzione sotto il profilo funzionale. «I principi generali dell'ordinamento dello Stato hanno – come è noto – una pluralità di funzioni: innanzitutto una *funzione interpretativa*, in quanto servono a stabilire, sulla base di un criterio logico-sistematico, l'effettiva portata delle norme concrete; in secondo luogo una *funzione integrativa*, in quanto servono a colmare le lacune; infine una *funzione programmatica*, in quanto costituiscono le direttive fondamentali della futura attività legislativa. Ordine pubblico e (sia pure in una minima e meno intensa misura, lo stesso principio del) buon costume hanno invece una funzione diversa e cioè una *funzione essenzialmente conservatrice*; la funzione cioè di impedire che, attraverso l'agire autonomo dei privati, si violino quei valori fondamentali che sono riconosciuti, dall'ordinamento giuridico, come essenziali e caratterizzanti di quella società che esso vuole esprimere» (FERRI G. B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., p. 199 s.; corsivo aggiunto).

<sup>537</sup> NUZZO M., *Negozi illeciti*, cit., p. 4. Secondo l'A., «l'ordine pubblico esprime i valori fondamentali sui quali è costituito l'ordinamento vigente», sicché – onde tracciare il contenuto dell'ordine pubblico – è necessario distinguere, nella disciplina dei singoli istituti, «quei principi che si ispirano essenzialmente ad esigenze di ordine tecnico» – ad esempio «quelli volti ad assicurare l'equilibrio tra i contraenti e la effettività della loro libertà di scelta, restando fuori di quel concetto», di modo che la loro violazione «potrà dar luogo ad un incompiuto realizzarsi della

metodologica radicalmente diversa) valorizza l'ontologica relatività e storicità del concetto, proponendo così di individuare una nozione di ordine pubblico ispirato alle peculiarità del caso concreto e risultante da un articolato procedimento volto a selezionare quei principi e valori normativi nell'ambito dei quali individuare, in seguito a bilanciamento, il c.d. ordine pubblico del caso concreto<sup>538</sup>.

Dal canto suo, la giurisprudenza di legittimità individua nell'ordine pubblico quel complesso di principi che caratterizzano «l'atteggiamento dell'ordinamento stesso in un determinato momento storico» tali da «formare il cardine della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale conferendole una ben individuata ed inconfutabile fisionomia»<sup>539</sup>.

---

specifica fattispecie prevista dalla legge ma non ad illiceità» – «da quelli che si ispirano invece a principi di ordine etico-politico che costituiscono nell'essenza lo «spirito» dell'ordinamento» (*op. cit.*, p. 4 s.). Una distinzione analoga si rinviene nella trattazione manualistica tra *norme di direzione* e *norme di protezione*: le prime sono quelle che hanno la finalità di tutelare interessi politici, sociali ed economici di un determinato ordinamento; le seconde sono quelle che mirano a garantire l'equilibrio contrattuale e a tutelare interessi di natura privata e individuale. Distinzione, questa, talvolta valorizzata ai fini ricostruttivi nella nozione di ordine pubblico, considerando solo le prime, non anche le seconde, parte integrante della già menzionata nozione (per questa tesi, v. ad esempio FERNÁNDEZ ROZAS J. C. – SÁNCHEZ LORENZO S., *Derecho internacional privado*, Madrid, 2016, p. 597; ORMAZABAL SÁNCHEZ G., *El control judicial sobre el fondo del laudo*, Madrid, 2017, p. 88 ss.; *contra*, FERRI G. B., *Ordine pubblico*, cit., p. 1056, che include entrambe le categorie nel diverso concetto di «ordine pubblico economico»).

<sup>538</sup> PERLINGIERI G. – ZARRA G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit., *passim*. Secondo questo approccio, l'ordine pubblico muta di volta in volta in relazione alle circostanze del caso concreto, «le quali determineranno un diverso bilanciamento dei principi fondamentali in gioco e condurranno dunque alla specifica emergenza di un ordine pubblico relativo ad un certo caso specifico», sicché può ben accadere, ad esempio, «che una disposizione astrattamente contraria all'ordine pubblico trovi applicazione ora perché in concreto non lesiva di alcuni principi fondamentali, ora perché, pur se contraria a un principio fondamentale, la sua non applicazione comporterebbe, in via di ragionevole bilanciamento, la lesione di un altro principio fondamentale ancor più significativo o in concreto prioritario» (*op. cit.*, pp. 63 e 47). Secondo questa prospettiva, dunque, l'ordine pubblico funge da clausola generale suscettibile di essere concretizzata, di volta in volta, tenuto conto delle peculiarità del caso concreto.

<sup>539</sup> Cass., 28 dicembre 2006, n. 27592; Cass. 23 febbraio 2006, n. 4040; Cass., 7 dicembre 2005, n. 26976; Cass., 26 novembre 2004, n. 22332; Cass., 6 dicembre 2002, n. 17349; Cass., 13 dicembre 1999, n. 13928; Cass., 19 febbraio 1991, n. 1709; Cass., 11 gennaio 1988, n. 67; Cass., 5 aprile 1984, n. 2215; Cass. 14 aprile 1980, n. 2214.

L'orientamento è tendenzialmente costante, sebbene si rinvergono recenti tentativi volti a sganciare la nozione dal singolo ordinamento nazionale, attribuendo *autonoma* rilevanza ai principi fondamentali ricavabili dalle principali fonti internazionali in materia di diritti fondamentali<sup>540</sup>, tentativi la cui portata è stata ridimensionata dalle Sezioni unite, la quale, nello sforzo di risistemazione della materia, ha sottolineato la natura squisitamente interna della nozione di «ordine pubblico internazionale»<sup>541</sup>.

Ora, al di là della esatta cernita dei principi e dei valori suscettibili di essere ricondotti nella unitaria nozione di ordine pubblico<sup>542</sup>, due riflessioni sono in grado di costituire la base metodologica per l'approccio ai concetti di ordine pubblico e imperatività nella materia arbitrale.

La prima è che il diritto positivo suggerisce di consegnare alle due nozioni una consistenza e uno spettro di azione differenti (arg. ex artt. 1343 e 1418 c.c.), superando l'opzione che rinviene nelle norme imperative una manifestazione dei principi di ordine pubblico<sup>543</sup>. La

---

<sup>540</sup> «[i]l giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero [...], deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo» (Cass., 30 settembre 2016, n. 19599). Ancor più chiara è Cass., 22 agosto 2013, n. 19405, la quale, nel delineare il concetto, valorizza «l'apertura internazionalista del concetto di ordine pubblico e la condivisione degli stessi valori fondamentali tra i diversi ordinamenti statuali, nell'ambito dello stesso sistema di tutela multilivello», includendovi nella nozione il «complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico o fondati su esigenze di garanzia, comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo» (conf., Cass., 26 aprile 2013, n. 10070).

<sup>541</sup> Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, secondo cui «[l]a sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina Europea, *deve misurarsi* con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale» (corsivo aggiunto). Sull'argomento, v. più diffusamente PERLINGIERI G. – ZARRA G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit., p. 64 ss.

<sup>542</sup> Attraverso un approccio assolutizzante e astrattizzante che, come si diceva, è stato posto in discussione dalla dottrina più recente.

<sup>543</sup> Seguendo il ragionamento circolare del quale si è fatto cenno in precedenza e già da tempo ridimensionato dalla dottrina. Sull'autonomia dei concetti di

seconda è che il principio della tendenziale irrilevanza degli *errores in iudicando*, salvi i casi di violazione dell'ordine pubblico, è stato introdotto dalla novella dell'arbitrato del 2006 per disegnare margini di sindacato nella sede impugnatoria di ampiezza analoga a quelli desumibili dalla Convenzione di New York per il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi resi all'estero, a sua volta funzionale alla circolazione delle decisioni arbitrali, garantendo – nei limiti del possibile – che il controllo giurisdizionale dia luogo ad esiti armonici sul piano internazionale. Sicché la sovrapposizione dei due concetti, oltre a tradire la *ratio* dell'ultima novella in materia di arbitrato, si risolverebbe in una sostanziale riscrittura dell'art. 829, comma 3, c.p.c.

Vero è che nelle controversie prive di elementi di estraneità l'ordine pubblico può includere anche principi e regole che lo Stato considera irrinunciabili esclusivamente nelle situazioni interne<sup>544</sup>, ma tale fisiologico ampliamento dello spettro di azione della nozione non può mai giungere al punto da confondere la medesima con il concetto di imperatività.

Per concludere, le riflessioni appena svolte costituiscono delle rilevanti spinte verso l'autonomia dei concetti di indisponibilità, imperatività e ordine pubblico.

(i) La nozione di indisponibilità pone un problema di arbitrabilità, precludendo la tutela arbitrale in relazione ai diritti così qualificabili (ma v. par. 3.8.4 in ordine alla consistenza del concetto di indisponibilità nella prospettiva della tutela arbitrale).

(ii) Il concetto di ordine pubblico pone un problema processuale, perché il *dictum* arbitrale è sempre sindacabile per violazione o falsa applicazione delle norme e dei principi riconducibili nell'ambito di tale nozione<sup>545</sup>.

(iii) Infine, la nozione di imperatività, laddove non sussumibile in quella di ordine pubblico, è di regola neutra sia in relazione all'arbitrabilità che in relazione al profilo processuale della impugnabilità del *dictum* arbitrale, acquisendo rilevanza

---

imperatività e ordine pubblico, FERRI G. B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., *passim*.

<sup>544</sup> Sulla riduzione dello spettro di azione della nozione di ordine pubblico in presenza di casi non riconducibili a situazioni prettamente domestiche, v. PERLINGIERI G. – ZARRA G., *op. ult. cit.*, p. 56.

<sup>545</sup> In questo caso il sindacato della decisione arbitrale è prescritto dalla legge, al di là di ogni preventiva rinuncia delle parti, come si ricava dall'inciso «in ogni caso» recepito nell'art. 829, comma 3, c.p.c.

esclusivamente nell'ambito delle previsioni *extra codicem* ampliative delle possibilità di sindacato relative a modelli speciali di arbitrato. Non è ragione di meraviglia, dunque, che il legislatore degli ultimi anni abbia espressamente prescritto la sindacabilità del lodo per *errores in iudicando* in tutti quei settori governati da norme ad alto tasso di imperatività (art. 829, commi 4 e 5 c.p.c.; art. 36, comma 1, D.Lgs. n. 5 del 2003).

### 3.6.1 (*Segue*) *Alcune riflessioni intorno al concetto di «ordine pubblico dell'Unione europea».*

All'esito di tali considerazioni, tendenti ad isolare le nozioni di imperatività e ordine pubblico, possono trovare albergo alcune riflessioni legate all'ordinamento dell'Unione europea.

In via di prima approssimazione si può osservare che la progressiva incidenza del diritto dell'Unione sul diritto internazionale privato e processuale ha provocato la ridefinizione del concetto di ordine pubblico: tale categoria, tipicamente internazionalprivatista, risulta oggi forgiata alle esigenze dell'ordinamento dell'Unione, divenendo *anche* strumento di integrazione europea (*funzione positiva dell'ordine pubblico*)<sup>546</sup>.

In particolare, si assiste alla creazione di una nozione di ordine pubblico nuova e autonoma, di fonte e contenuto europei, destinata a tutelare i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dell'Unione, attraverso il tradizionale meccanismo di evizione della legge o della decisione straniera che con esso risulti incompatibile (*ordine pubblico dell'Unione europea*). Tale nozione di ordine pubblico non esclude l'ordine pubblico di fonte nazionale, ma con esso si relaziona in un rapporto di complementarietà<sup>547</sup>.

---

<sup>546</sup> In altri termini, l'ordine pubblico dell'Unione europea svolge una funzione negativa (ossia la funzione tradizionale dell'ordine pubblico) e positiva: *negativa* in quanto costituisce un limite all'operatività delle norme di diritto internazionale privato e processuale, al fine di impedire che l'applicazione del diritto straniero richiamato dalla norma di conflitto o il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione straniera possano sortire l'effetto di immettere nel foro valori intollerabili, tali da minare la coerenza interna dell'ordinamento giuridico del foro; *positiva* perché svolge una funzione di promozione di certi imperativi giuridici uniformi, al fine di promuovere l'integrazione europea e la conseguente affermazione dei valori fondanti dell'Unione. Sul punto, FERACI O., *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 341.

<sup>547</sup> FERACI O., *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 398 e, per una più approfondita indagine in ordine al rapporto tra l'ordine pubblico

Ora, dall'esame della giurisprudenza della Corte di giustizia emerge non solo una nozione variabile e poliedrica di ordine pubblico, che di volta in volta può assumere contenuti diversi a seconda del contesto nel quale essa è invocata<sup>548</sup>, ma sul piano metodologico,

---

dell'Unione europea e l'ordine pubblico nazionale, p. 350 ss. In sintesi, tale rapporto può essere spiegato attraverso tre diverse impostazioni teoriche: (i) la *tesi dell'integrazione*, in virtù della quale l'ordine pubblico nazionale ingloberebbe i principi e i valori fondamentali dell'ordinamento dell'Unione; (ii) la *tesi della sostituzione*, secondo cui l'ordine pubblico dell'Unione europea si sostituirebbe integralmente all'ordine pubblico nazionale; (iii) la *tesi della coesistenza*, la quale postula la convivenza tra le due nozioni di ordine pubblico. Quest'ultima impostazione pare ispirare la giurisprudenza di legittimità più recente, come può ricavarsi dalla lettura di Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601.

<sup>548</sup> La nozione di ordine pubblico è suscettibile di diverse interpretazioni dipendenti dal settore in cui essa è invocata e dalla circostanza che venga in rilievo nei rapporti con altri Stati membri ovvero con Stati terzi. In particolare, la nozione, se considerata quale causa ostativa al riconoscimento e/o all'esecuzione delle decisioni rese da altri Stati membri (art. 45, par. 1, lett. a), Regolamento 1215/2012, c.d. Regolamento Bruxelles I bis, secondo cui il riconoscimento di una decisione è negato se esso «è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto»; già art. 27 del Regolamento CE n. 44/2001), è passibile di una interpretazione tendenzialmente restrittiva, dal momento che il principio del riconoscimento automatico delle decisioni giurisdizionali nei rapporti tra gli Stati membri e la riduzione del novero dei motivi ostativi al riconoscimento sono considerati essenziali al buon funzionamento del mercato interno. Sull'argomento, Corte di giustizia, sentenza 4 febbraio 1988, causa C-145/86, *Hoffmann*, nonché sentenza 10 ottobre 1996, causa C-78/95, *Hendrikman*, secondo cui la clausola dell'ordine pubblico è invocabile allorché il riconoscimento o l'esecuzione della decisione pronunciata in altro Stato contraente contrasti in modo inaccettabile con l'ordinamento giuridico dello Stato richiesto. Peraltro, «sebbene gli Stati contraenti restino, in linea di principio, liberi di determinare, in forza della riserva di cui all'art. 27 n. 1 della Convenzione, conformemente alle loro concezioni nazionali, le esigenze del loro ordine pubblico, i limiti di tale nozione rientrano nell'interpretazione della Corte» (Corte di giustizia, sentenza 28 marzo 2000, causa C-7/98, *Krombach*, punto 22). Il principio secondo cui la clausola dell'ordine pubblico debba essere invocata solo in casi eccezionali si afferma anche quando vengano in rilievo, in sede di interpretazione della nozione di «ordine pubblico dello Stato membro richiesto», regole di diritto dell'Unione; cfr., in particolare, Corte di giustizia, sentenza 11 maggio 2000, causa C-38/98, *Régie nationale des usines Renault SA*, secondo cui «la circostanza che tale eventuale errore riguardi regole di diritto comunitario non modifica i presupposti per il ricorso alla clausola dell'ordine pubblico», sicché «il giudice dello Stato richiesto non può, a pena di rimettere in discussione la finalità della Convenzione, ricusare il riconoscimento di una decisione promanante da un altro Stato contraente per il solo motivo che esso ritiene che in tale decisione il diritto nazionale o il diritto comunitario sia stato male applicato», dal momento che «in siffatte ipotesi, il sistema di rimedi giurisdizionali istituito in ciascuno Stato contraente, integrato dal meccanismo del rinvio

trapela un atteggiamento del giudice dell'Unione ispirato ad una generale cautela. Invero, la Corte di giustizia rinuncia a definire in maniera positiva e diretta i principi di «ordine pubblico dell'Unione europea», richiamando piuttosto l'attenzione dei giudici nazionali sull'esistenza di valori comuni, riconosciuti all'interno dell'ordinamento comunitario, alla stregua dei quali valutare la compatibilità di provvedimenti e disposizioni di altri Stati membri o di Stati terzi<sup>549</sup>.

---

pregiudiziale di cui all'art. 177 del Trattato, fornisc[e] una sufficiente garanzia agli amministratori» (punti 32 e 33). Nel caso di specie il giudice dello Stato richiesto si interrogava sulla possibilità di negare il riconoscimento per motivi di ordine pubblico di una decisione relativa all'esistenza di un diritto di privativa intellettuale su parti di carrozzeria di autoveicoli, che consentiva al suo titolare di vietare ad operatori economici stabiliti in un altro Stato contraente la fabbricazione, la vendita, il transito, l'importazione o l'esportazione in tale Stato contraente delle dette parti di carrozzeria, sul rilievo che tale decisione contrastasse con i principi della libera circolazione delle merci e della libera concorrenza. La Corte di giustizia conclude per la riconoscibilità di siffatta decisione, affermando che un eventuale errore di diritto, come quello controverso nel procedimento *a quo*, non costituisce una violazione manifesta di una regola di diritto fondamentale nell'ordinamento giuridico dello Stato richiesto. Sulla rilevanza dei valori dell'ordinamento dell'Unione nell'impiego del limite dell'ordine pubblico, v. anche sentenza 1 giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd contro Benetton International NV*, più volte citata; in dottrina, FERACI O., *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 145 ss. In sintesi, nel caso *Renault* la Corte di giustizia mostra un atteggiamento cauto in relazione al profilo dell'invocabilità dell'ordine pubblico in sede di *exequatur* di un provvedimento giurisdizionale di un altro Stato membro, stabilendo che quella nozione non può essere invocata per il solo fatto che esista una divergenza tra una norma giuridica applicata dal giudice dello Stato di origine e quella che avrebbe applicato il giudice dello Stato richiesto se gli fosse stata sottoposta la controversia. In altri termini, la mera circostanza che la decisione sia stata emessa applicando erroneamente un principio di diritto comunitario non è sufficiente a giustificare il ricorso all'ordine pubblico, allorché esistano mezzi nazionali (rimedi impugnatori) e comunitari (rinvio pregiudiziale) utilizzabili su iniziativa di parte al fine di accertare la non esatta interpretazione e/o attuazione del diritto comunitario. Un approccio diverso (ossia, meno cauto e restrittivo in sede di interpretazione della nozione di ordine pubblico) si rinviene nel caso *Eco Swiss*, dove la Corte ha concluso per l'invocabilità dell'ordine pubblico quale motivo di impugnazione del lodo sulla base della constatazione che esso avrebbe implicato la validità di un accordo contrastante con l'art. 81 Trattato CE (oggi art. 101 TFUE). Allora, il *discrimen* potrebbe giustificarsi dall'assenza, nel caso qui considerato, di ulteriori e diversi meccanismi nazionali e comunitari in grado di accertare (e rimediare) la presunta violazione del diritto dell'Unione.

<sup>549</sup> FERACI O., *op. cit.*, p. 193.

Da questo punto di vista, sia la dottrina sia la giurisprudenza della Corte di giustizia appaiono concordi nel ritenere che l'ordine pubblico sia invocabile in via eccezionale e che non tutti gli errori riguardanti il diritto dell'Unione europea possano acquisire rilevanza nella prospettiva *de qua*<sup>550</sup>. In sintesi, la possibilità di invocare l'«ordine pubblico dell'Unione europea» sarebbe subordinata a due condizioni, risultanti dalle sentenze *Krombach* e *Renault*: (i) in primo luogo, la legge applicabile o la decisione straniera devono contrastare in modo inaccettabile con l'ordinamento giuridico dello Stato richiesto, nel senso che esse devono ledere un principio fondamentale dell'Unione europea; (ii) in secondo luogo, deve trattarsi di una lesione manifesta e grave di una regola di diritto essenziale nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea<sup>551</sup>.

Tali condizioni appaiono, poi, integrati dall'unico parametro generale enucleato dalla Corte di giustizia ai fini dell'individuazione dei valori e dei principi idonei ad assurgere a rango di norme di ordine pubblico, dovendo trattarsi di disposizioni fondamentali indispensabili per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno (*criterio esegetico teleologico e funzionale*)<sup>552</sup>.

Vi è allora da chiedersi se il ricorso al concetto di ordine pubblico sia di per sé sufficiente a incanalare la tutela arbitrale nel circuito dei meccanismi in grado di garantire la piena efficacia dell'ordinamento giuridico dell'Unione. In altri termini, se è vero che il successivo controllo giurisdizionale della decisione arbitrale costituisce, nella prospettiva dell'ordinamento dell'Unione, un determinante fattore tranquillizzante – perché, per un verso, in sede impugnatoria può trovare spazio un eventuale intervento pregiudiziale della Corte di

---

<sup>550</sup> Corte di giustizia, sentenza *Renault*, cit., punti 33 e 34. In dottrina, FERACI O., *op. cit.*, p. 359 ss., spec. p. 361, dove si afferma che ai fini dell'individuazione di un criterio idoneo a selezionare i principi rilevanti nella determinazione del contenuto dell'ordine pubblico dell'Unione europea «non appaiono adeguati né il principio del primato del diritto dell'Unione sul diritto interno, che condurrebbe a dare rilevanza a qualsiasi disposizione europea in quanto tale, né l'idoneità di una disposizione del diritto dell'Unione a produrre effetti diretti, in quanto essi comportano esclusivamente l'attribuzione di situazioni giuridiche attive o passive per i singoli o gli Stati membri (che possono essere fatte valere dinanzi ad un qualsiasi giudice di uno Stato membro), senza dare alla regola di diritto da essa enunciata alcuna caratterizzazione di essenzialità rispetto all'ordinamento giuridico dell'Unione».

<sup>551</sup> FERACI O., *op. cit.*, p. 360.

<sup>552</sup> Corte di giustizia, sentenza *Eco Swiss*, cit., punto 36; FERACI O., *op. cit.*, p. 361 e p. 402.



giustizia e, per altro verso, il controllo dell'organo giurisdizionale consente di imputare la decisione arbitrale ad uno Stato membro – allora la via solutoria dell'ordine pubblico (pur nella variante dell'«ordine pubblico dell'Unione europea») non è sempre appagante, perché ontologicamente destinata ad operare esclusivamente nei riguardi delle *lesioni manifeste e gravi di una regola essenziale per il funzionamento del mercato interno*.

Del resto, anche nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia è emersa in più occasioni la difficoltà di fare ricorso al concetto dell'ordine pubblico: nella pronuncia *Mostaza Claro*, dove, dinanzi alle «preoccupanti» conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano<sup>553</sup>, la direttiva 93/13/CEE è *solo implicitamente* annoverata

---

<sup>553</sup> L'Avv. gen. Tizzano, pur pervenendo alle medesime conclusioni cui è giunta la Corte di giustizia – secondo cui il giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale deve poter rilevare d'ufficio la natura abusiva della clausola compromissoria, anche se la relativa eccezione non è stata sollevata nel corso del procedimento arbitrale – aveva prospettato la rilevabilità d'ufficio della nullità attraverso un percorso argomentativo diverso da quello della Corte. Invero, il medesimo dubitava della appartenenza delle norme comunitarie a tutela dei consumatori nella sfera dell'ordine pubblico, ma proponeva di conseguire l'obiettivo di attribuire alle prime un rilievo *sostanzialmente equivalente* a quello spettante alle seconde attraverso la via processuale, ossia sostenendo l'appartenenza nell'ambito del concetto di ordine pubblico del diritto di difesa (RASIA C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, cit., p. 171, nota 188). In altri e più esatti termini, si affermava che «la rilevabilità d'ufficio della nullità del lodo nel giudizio di impugnazione» doveva essere ammessa al fine di assicurare non già l'applicazione delle norme consumeristiche (in quanto norme di ordine pubblico), bensì allo scopo di garantire «il rispetto di un principio fondamentale dell'ordinamento, e segnatamente il rispetto del diritto di difesa» (conclusioni dell'Avv. gen. Tizzano A., relative alla causa C-168/05, *Mostaza Claro*, punto 56). Diritto il quale risulterebbe pregiudicato da preclusioni processuali analoghe a quelle di cui al procedimento principale. Tale percorso argomentativo consentiva di superare l'obiezione, ben messa in evidenza nelle conclusioni, secondo cui qualificando la direttiva in materia di clausole contrattuali abusive in termini di ordine pubblico «rischierebbe di dare una portata eccessivamente ampia ad una nozione, quella di norme di ordine pubblico, che tradizionalmente viene riferita alle sole regole che un ordinamento giuridico considera di primaria ed assoluta importanza» (punto 56). Occorre soggiungere che perplessità in tal senso sono emerse anche nella giurisprudenza degli Stati membri in relazione, però, alle disposizioni in materia di concorrenza. Oltre all'ordinanza 21 marzo 1997 della Corte Suprema dell'Olanda (*Eco Swiss China Time (Hong Kong) c. Benetton International BV (Olanda)*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 297, con nota di Giardina A., *Rispetto del diritto comunitario della concorrenza e regole nazionali concernenti il principio dispositivo e l'effetto di cosa giudicata dei lodi parziali non impugnati*), di rimessione della questione pregiudiziale alla Corte di giustizia (ordinanza, la quale evidenziava che secondo la comune giurisprudenza

tra le disposizioni di ordine pubblico<sup>554</sup>; nella sentenza *Achmea*, nella quale la clausola dell'ordine pubblico è espressamente considerata insufficiente a garantire un adeguato controllo giurisdizionale della decisione arbitrale in materia di investimenti<sup>555</sup>.

Se ciò è esatto, non è arduo concludere che la soluzione più appagante sembrerebbe essere quella dell'impugnabilità del *dictum* arbitrale per violazione di regole di diritto dell'Unione; soluzione, questa, alla quale si può pervenire pur senza scomodare la dibattuta *quaestio* dei principi e dei valori idonei ad assurgere a rango di «ordine pubblico dell'Unione europea»<sup>556</sup>, perché l'eccezionalità del

---

olandese non tutte le norme a tutela della concorrenza possono qualificarsi in termini di ordine pubblico), dubbi sulla riconducibilità delle norme *antitrust* nel concetto di ordine pubblico sono espresse anche dal Tribunale Federale Svizzero nel caso *Tensacciai c. Terra Armata*, sentenza dell'8 marzo 2006, in *Rev. arb.*, 2006, p. 763, ricordata da RADICATI DI BROZOLO L. G., *Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 629. La sentenza era stata pronunciata in occasione del ricorso presentato per l'annullamento (per contrarietà all'ordine pubblico, appunto) di un lodo che accertava la validità alla luce degli artt. 81 CE e dell'art. 2 della legge n. 287/1990 di un accordo retto dal diritto italiano in virtù del quale due imprese specializzate nella costruzione di infrastrutture ferroviarie si impegnavano a presentare congiuntamente offerte nella gara per la costruzione delle linee ad alta velocità in Italia e a non concludere accordi con altre imprese o a partecipare a gare in forma individuale. Il Tribunale Federale aveva respinto la domanda in base alla considerazione che il diritto della concorrenza non appartiene all'ordine pubblico. Lo stesso lodo aveva formato oggetto di analisi dinanzi alla Corte di appello di Milano in sede di *exequatur* (App. Milano, 15 luglio 2006, *Tensacciai c. Terra Armata*, in *Riv. arb.*, 2006, voce *Giurisprudenza ordinaria*, p. 744). In quel contesto, però, la Corte di appello assume una posizione ben più articolata. Infatti, presupposta la riconducibilità delle norme *antitrust* nel concetto di ordine pubblico, la Corte esclude che quest'ultimo sia stato violato, attraverso una più approfondita analisi del lodo da cui viene accertata la correttezza della decisione degli arbitri.

<sup>554</sup> Come messo in evidenza da FERACI O., *op. cit.*, p. 393.

<sup>555</sup> Corte di giustizia, sentenza *Achmea*, cit., punto 53; ma v., per più approfondite riflessioni, il successivo par. 3.7.

<sup>556</sup> Per esigenze di completezza è opportuno segnalare che il tentativo di selezione dei valori e dei principi idonei ad essere ricondotti nel concetto di «ordine pubblico dell'Unione europea» è stato felicemente condotto dalla dottrina. Cfr. FERACI O., *op. cit.*, p. 362 ss., spec. p. 364, secondo cui il contenuto dell'«ordine pubblico dell'Unione europea» dovrebbe scomporsi di alcune componenti essenziali che rispecchiano le caratteristiche e le finalità dell'integrazione europea, vale a dire: a) una *componente economica* (costituita dai principi-base della concorrenza e dai principi attinenti alla libertà di circolazione); b) una *componente di «considerazioni materiali»*, composta dall'insieme degli interesse ai quali l'Unione intende assicurare protezione (come la tutela del contraente più debole); c) infine, una *componente «meta-economica»*, di contenuto etico-politico, comprensiva dei

ricorso alla nozione di ordine pubblico lascia già trapelare la precarietà della soluzione.

### 3.7 Conclusioni di breve periodo.

Prima di proseguire nell'analisi appare utile effettuare una breve ricapitolazione dei risultati raggiunti fino a questo momento.

Si è detto (anche in apertura del presente capitolo) che nella prospettiva della Corte di giustizia la sindacabilità del lodo da parte dell'*autorità giurisdizionale* costituisce la necessaria contropartita rispetto alla riconosciuta arbitrabilità delle controversie che implicano l'applicazione del diritto dell'Unione e alla esclusione degli arbitri dalla nozione di «giurisdizione» ai fini del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*.

Si è dimostrato, in primo luogo, che il riconoscimento della legittimazione arbitrale al rinvio attraverso la sopravvalutazione del profilo funzionale rispetto a quello organizzativo rappresenta una prospettiva improbabile e comunque non risolutiva. *Improbabile*, perché la condizione necessaria di riconoscibilità di quella legittimazione consiste nella riconducibilità soggettiva dell'operato dell'organo rinviante in capo allo Stato membro e, dunque, nella potenziale operatività del meccanismo sanzionatorio di cui agli artt. 258 ss. TFUE. *Non risolutiva*, in quanto risulterebbero in ogni caso compromesse le esigenze di effettività espresse, a livello comunitario, attraverso il principio di condivisione della responsabilità.

In questo scenario, la garanzia del controllo giurisdizionale dell'esatta interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione in sede di impugnazione del *dictum* arbitrale è stata conseguita attraverso la valorizzazione del concetto di ordine pubblico.

Senonché, si è visto che questa soluzione risulta poco appagante, per due diverse ragioni: per un verso, perché rischia di sovrapporre la nozione di imperatività con quella di ordine pubblico, producendo un notevole allargamento di quest'ultima (paragrafi 3.6 e 3.6.1); per altro verso, perché la soluzione resta pur sempre esposta alle variabili tecniche di controllo del dispositivo e della motivazione del lodo, risultando sostanzialmente insufficiente ogniqualvolta ci si muova

---

principi di uguaglianza, di non discriminazione, dello Stato di diritto, nonché dei diritti umani.

nella prospettiva del controllo minimalista, ossia del sindacato esterno e non intrusivo della decisione arbitrale (par. 3.4).

La sentenza *Achmea* rappresenta un indizio di non trascurabile rilevanza della precarietà della tesi che ricorre al concetto di ordine pubblico al fine di assicurare il successivo controllo giurisdizionale della decisione arbitrale. In quella pronunzia, infatti, la declaratoria di incompatibilità dell'offerta di arbitrato contenuta in un trattato internazionale stipulato tra due Stati membri si fonda sul carattere sostanzialmente definitivo della decisione arbitrale, derivante dal fatto che il diritto processuale della sede dell'arbitrato prevede un «controllo limitato» riguardante il solo «rispetto dell'ordine pubblico»<sup>557</sup>. Per questa ragione la Corte del Lussemburgo sbarra la strada all'*Investor-State arbitration*, introducendo per la prima volta a livello sovranazionale una ipotesi di divieto di arbitrato in materia governata da norme imperative.

Muovendo da tali rilievi ci si avvede che l'idea sistematicamente più armonica e meglio praticabile è quella della sindacabilità del lodo per *errores iuris in iudicando*, che consente un più ampio raccordo tra la tutela arbitrale e la giurisdizione degli Stati membri laddove l'arbitrato inerisca un settore coperto dalle norme imperative dell'Unione.

Né può dirsi che in questo modo si rischia di compromettere le potenzialità dell'arbitrato e di minare la volontà compromissoria delle parti.

Ad un minimo di approfondimento ci si avvede che affermazioni di tal fatta – tradizionalmente addotte a sostegno dell'opzione del sindacato minimo della decisione arbitrale – svelano una incongruenza sistematica, che subito ci si affretta a registrare.

Per vero, proprio l'impugnabilità del *dictum* arbitrale per violazione di regole di diritto ha consentito di estendere l'area della compromettibilità a settori tradizionalmente esclusi dalla tutela arbitrale, perché connotati dalla presenza di norme ad alto tasso di inderogabilità. Ci si soffermerà, nelle prossime righe, sui menzionati rilievi di natura sistematica, che fortificano la tesi qui sostenuta.

In proposito, si può ora preannunciare che la cultura processualista ha già da tempo avvertito che l'esigenza dell'applicazione della normativa inderogabile può essere affrontata e risolta su un piano diverso dalla secca alternativa arbitrabilità/non arbitrabilità, vale a dire attraverso la sindacabilità del *dictum* arbitrale per violazione di norme

---

<sup>557</sup> Corte di giustizia, sentenza *Achmea*, cit., punto 53.

di diritto, al fine di garantire un successivo controllo in termini di compatibilità della decisione arbitrale con l'ordinamento<sup>558</sup>. Rilievi, questi, che sono stati progressivamente accolti dal legislatore italiano, come può evincersi dalla rinnovata disciplina del regime di stabilità del lodo pronunciato su controversie di lavoro, su controversie volte alla declaratoria di invalidità delle delibere societarie e su liti derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici.

Questa opzione, valida in termini generali, è *a fortiori* spendibile in relazione ai settori regolati da disposizioni imperative eurounitarie, essendo gli organi giurisdizionali degli Stati membri istituzionalmente investiti del compito di garantire l'attuazione del diritto dell'Unione attraverso la risoluzione (in via ermeneutica o disapplicatoria) delle antinomie esistenti tra quest'ultimo e il diritto interno.

### **3.8 La doverosa differenziazione tra «tutela arbitrale» e «tecnica arbitrale». Ipotesi ricostruttive alla luce del diritto interno.**

#### *3.8.1 La sovrapposizione tra «indisponibilità» (dei diritti) e «inderogabilità» (delle norme) e le ricadute nella definizione dell'ambito oggettivo di arbitrato: la tesi del monopolio dei giudici togati nell'applicazione delle norme inderogabili.*

Nel dibattito interno il problema della sovrapposizione tra «indisponibilità» dei diritti e «inderogabilità» delle norme ai fini della definizione dell'ambito di applicazione dell'arbitrato trova probabilmente le sue radici nella formulazione dell'art. 806 c.p.c. precedente al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

Come è noto, la richiamata disposizione *ante* 2006 delineava l'ambito di applicazione dell'arbitrato attraverso il richiamo al raggio

---

<sup>558</sup> Significativa, in proposito, la novella dell'arbitrato del 2006. Invero, sebbene l'art. 829 *post* riforma circoscriva l'impugnabilità del lodo ai soli casi di lesione dell'ordine pubblico, contestualmente prescrive la sindacabilità del lodo per *errores in iudicando* in relazione alle controversie di lavoro e alla soluzione di questioni pregiudiziali su materia insuscettibile di formare oggetto di convenzione di arbitrato.

di azione della transazione<sup>559</sup>, finendo così per estendere all'arbitrato tutti i limiti tradizionali dell'autonomia privata<sup>560</sup>.

Sulla scorta del combinato degli artt. 806, 808 c.p.c. e 1966, comma 2, c.c. le liti non compromettibili erano quelle aventi ad oggetto diritti che «per loro natura o per espressa disposizione di legge sono sottratti alla disponibilità delle parti». Senonché, il richiamo all'intero sistema normativo dedicato alla transazione induceva a ritenere non compromettibili le controversie su negozi *illeciti*, sul rilievo che l'art. 1972, comma 1, c.c. sanzionasse con la nullità la transazione conclusa attorno ad essi<sup>561</sup>; ferma, invece, la compromettibilità in arbitri delle controversie su un titolo nullo per ragioni diverse dalla sua illiceità, posto che in tali casi la transazione non è nulla ma semplicemente annullabile (ex art. 1972, comma 2, c.c.)<sup>562</sup>.

Il raggio di operatività dell'arbitrato scontava, dunque, l'incerta linea di confine tra negozio *illecito* e negozio *illegale*<sup>563</sup>, risultando

---

<sup>559</sup> «Le parti possono far decidere ad arbitri le controversie tra loro insorte, tranne quelle previste negli articoli 409 e 459, quelle che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi e le altre che non possono formare oggetto di transazione».

<sup>560</sup> BERLINGUER A., *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato*, vol. I., *La nozione di compromettibilità*, Torino, 1999, p. 19.

<sup>561</sup> BERLINGUER A., *op. ult. cit.*, p. 63.

<sup>562</sup> CANALE G., *Antitrust e arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1208 ss., spec. p. 1221 s.

<sup>563</sup> Tracciare la distinzione tra negozio illecito e negozio illegale non è certo agevole, soprattutto in considerazione dell'assenza di una definizione normativa e della riferibilità dell'illiceità non al negozio, ma a singoli elementi della fattispecie negoziale (art. 1343 c.c. sulla illiceità della causa per contrasto con norme imperative, ordine pubblico e buon costume; artt. 1346, 2126 e 2379 c.c. sull'illiceità dell'oggetto; artt. 626, 788 e 1345 c.c. sull'illiceità del motivo).

Secondo l'opzione che sembra consolidata in dottrina, l'*illiceità* del contratto dovrebbe essere circoscritta alle ipotesi in cui il precetto imperativo violato è riferito al profilo funzionale del negozio (illiceità della causa ex artt. 1343 e 1344 c.c. e motivo illecito comune ex art. 1345 c.c., nonché illiceità dell'oggetto di cui all'art. 1346 c.c.), mentre le altre ipotesi di nullità, in particolare quelle conseguenti ad una imperfezione della struttura della fattispecie, concreterebbero la figura della semplice *illegalità*. In questo senso DE NOVA G., *Nullità del contratto e arbitrato irrituale*, cit., p. 401 ss., spec. p. 406; ID., *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 435 ss.; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, cit., p. 996, nonché p. 1280 s.; CRISCUOLO F., *Ancora sulla compromettibilità in arbitri della questione di nullità del contratto per illiceità*, cit., p. 275 ss.; ID., *La nullità del contratto: tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, cit., p. 359 ss., spec. p. 368 s., dove si afferma che «la distinzione è sostanziale, di grado, la illiceità costituendo il massimo

escluse dal campo di arbitrabilità le controversie su contratto contrario a norme imperative quante volte si ritenesse che il medesimo concretizzasse la fattispecie del contratto illecito.

Così, attraverso il richiamo all'art. 1972, comma 1, c.c. si è pervenuti a ridurre ad unità due profili differenti: quello della indisponibilità dei diritti e quello dell'imperatività delle norme, fungendo entrambi da limite alla compromettibilità in arbitri.

Per la verità, già prima della riforma dell'arbitrato del 2006, parte della dottrina aveva dimostrato la debolezza della tesi della incompromettibilità della *quaestio* di nullità del contratto contrario a norme imperative (o comunque illecito).

Ci si riferisce non tanto alla tesi che valorizza i plurimi significati delle norme imperative e, dunque, degli interessi protetti dalle disposizioni sulla nullità, spezzando così la rigida simmetria tra norma imperativa e interesse pubblico<sup>564</sup>, tesi la quale giunge pur sempre ad

---

di contrarietà all'ordinamento, perché sussistente soltanto quando il canone violato, riferendosi al profilo funzionale del negozio, sia diretta o indiretta espressione dei principi di «ordine pubblico» [...]. Per contro, in tutti gli altri casi in cui sia violata una qualsiasi altra norma imperativa si coglie un minor grado di reazione dell'ordinamento, e, dunque, una ipotesi più generica, la si voglia o meno definire di «illegalità», rispetto alla quale la sanzione di nullità, *ex art.* 1418, I comma, può trovare temperamento in dipendenza della natura degli interessi in gioco». Sul tema v. comunque MESSINEO F., *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU A. e MESSINEO F., Milano, 1972, vol. XXI, II, p. 237 ss.; SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2012 (ristampa), spec. p. 189. Sul piano del diritto positivo, noti sono gli importanti risvolti pratici della distinzione tra negozio illecito e negozio soltanto illegale. Così l'art. 2126 c.c. dispone che la nullità del contratto di lavoro «non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa». Ma v. anche gli artt. 590 e 699 c.c. in tema di conferma del testamento e della donazione nulle, pacificamente ritenute inapplicabili ai casi di illiceità, nonché gli artt. 1367 e 1424 c.c., sulla conversione e conservazione dell'atto, anch'essi considerati inapplicabili in caso di illiceità. Diverso, infine, è il regime della prova della simulazione, potendo le parti provare il contratto per testimoni solo in caso di illiceità (art. 1417 c.c.).

<sup>564</sup> CRISCUOLO F., *La nullità del contratto: tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, cit., p. 359 ss.; GROSSI D., *Inappellabilità del lodo, violazione di norme imperative e «patto compromissorio»*, cit., p. 525. Il tema del fondamento dogmatico della categoria della nullità vede tradizionalmente contrapposti due filoni: da un lato, quello secondo cui la previsione della nullità consentirebbe di dedurre con una certa sicurezza la presenza di interessi superiori dell'ordinamento; dall'altro lato, l'opzione che riconosce che la comminatoria della nullità non è sempre omogenea, disegnando di conseguenza più tipi di nullità in ragione della gerarchia dei valori sottesi alle norme che tale conseguenza prevedono (per una

escludere la compromettibilità quante volte la nullità derivi dalla violazione di norme poste a tutela di «obiettivi irrinunciabili»<sup>565</sup> o di «principi giuridici fondamentali dell'ordinamento»<sup>566</sup>. Lo sviluppo di tale tesi nella materia arbitrale conduce a risultati non sempre appaganti, come dimostrano le opzioni sulla non arbitrabilità delle controversie in materia di concorrenza derivanti dalla illiceità dell'accordo per in contrasto con la normativa *antitrust*<sup>567</sup> o quelle sulla validità delle delibere assembleari che coinvolgono interessi di natura generale, dei terzi o della società<sup>568</sup>: la prima ampiamente sconfessata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (prima)<sup>569</sup> e dalla giurisprudenza interna (poi)<sup>570</sup>; la seconda ancora viva nel panorama giurisprudenziale interno.

Il pensiero va, piuttosto, alla tesi che traccia il campo di arbitrabilità partendo dalla preliminare distinzione tra *accertamento* e *disposizione*<sup>571</sup>, rilevando che non può estendersi all'arbitrato «tutta la valenza proibitiva che l'art. 1972 c.c. esercita nei confronti della transazione»<sup>572</sup>, in considerazione dell'ontologica differenza tra il contratto di transazione e l'istituto arbitrale<sup>573</sup>. Ed invero, la ragione

---

disamina del dibattito, CRISCUOLO F., *op. ult. cit.*, p. 364 s.; ID., *Ancora sulla compromettibilità in arbitri della questione di nullità del contratto per illiceità*, cit., p. 280; MONTICELLI S., *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 669 ss.; sulla necessità di operare una differenziazione delle nullità, PERLINGIERI P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., *passim*).

<sup>565</sup> Secondo le parole di CRISCUOLO F., *Ancora sulla compromettibilità in arbitri*, cit., p. 280.

<sup>566</sup> DE NOVA G., *Nullità del contratto e arbitrato irrituale*, cit., p. 406 s., il quale conclude riconoscendo «la compromettibilità di tutte le controversie che attengono alla nullità del contratto, perché (soltanto) illegale (e non illecito)».

<sup>567</sup> Sulla *quaestio* della compromettibilità in arbitri delle liti *antitrust* si rinvia ai rilievi già svolti nei paragrafi 3.3 e 3.3.1.

<sup>568</sup> In proposito si rinvia più diffusamente ai richiami giurisprudenziali e alle riflessioni di cui al successivo par. 3.8.2.

<sup>569</sup> Corte di giustizia, sentenza *Eco Swiss*, cit.; cfr. paragrafi 3.3 e 3.3.1.

<sup>570</sup> Cfr. App. Bologna, 11 ottobre 1990 e App. Milano, 13 settembre 2002, entrambe già citate al par. 3.3.1.

<sup>571</sup> Distinzione proposta già da SANTORO-PASSARELLI F., *La transazione*, Napoli, 1986, spec. p. 28.

<sup>572</sup> Le parole tra virgolette sono di BERLINGUER A., *La nozione di compromettibilità*, cit., p. 68.

<sup>573</sup> Ci si riferisce alla posizione di FESTI F., *Clausola compromissoria e contratto illecito*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 1443; ID., *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, p. 141 ss. Pur giungendo a conclusioni diverse, anche DE NOVA G., *Nullità del contratto e arbitrato irrituale*, cit., p. 405 sottolinea la distinzione tra il contratto di



della nullità della transazione su titolo illecito andrebbe ricercata non già nella natura preminente degli interessi sottesi alla sanzione di nullità o nella indisponibilità del diritto, quanto nella circostanza che, con la necessaria ricorrenza dell'*aliquid datum et aliquid retentum*, si realizza una intesa che trova la propria giustificazione causale nel contratto illecito<sup>574</sup>.

Così ricostruita la *ratio* del divieto di transazione su titolo illecito, è chiaro che ogni automatica estensione alla materia arbitrale peccherebbe di eccessivo semplicismo, perché il giudizio arbitrale non comporta disposizione o rinuncia ai diritti controversi, avendo piuttosto il fine di accertare e dichiarare la nullità del contratto, condannando le parti alla restituzione delle prestazioni che avrebbero indebitamente percepito<sup>575</sup>.

La tesi, dunque, già nel previgente quadro normativo contribuiva a superare la rigida simmetria tra imperatività delle norme e non arbitrabilità delle controversie dalle prime regolate, perché in presenza di disposizioni di carattere cogente l'esigenza dell'ordinamento è che sia preservata l'efficacia obbligatoria delle medesime, a prescindere dalla sede in cui vengano applicate.

---

transazione e l'arbitrato, rilevando che la *ratio* per cui alcune controversie non possono formare oggetto di transazione è diversa da quella per la quale alcune liti sono escluse dall'ambito di applicazione dell'arbitrato. Ed invero «[n]on si può transigere su determinate controversie, perché *transigere est alienare*; non si può compromettere in arbitri sulle medesime controversie, anche se l'arbitrato è accertamento, perché si tratta di questioni rimesse a *maiores iudices*».

<sup>574</sup> Nello specifico, si evidenzia che le alternative che possono verificarsi attraverso la stipula di un contratto di transazione su titolo illecito sono due, vale a dire la salvezza o meno del contratto. Nella prima ipotesi «la transazione è senz'altro nulla, perché volta ad attuare un fine illecito»; nella seconda ipotesi, pur trattandosi di una composizione astrattamente meritevole di tutela, perché volta a porre nel nulla il contratto illecito, la transazione sarebbe ugualmente invalida, «poiché quello dei litiganti che voleva ottenere l'eliminazione del negozio avrà comunque dovuto compiere una pur minima disposizione o rinuncia, la quale trova causa nel negozio illecito». Dunque, «[l]a nullità della transazione non dipende dal fatto di avere ad oggetto una lite riguardante diritti non disponibili, ma dalla eventuale disposizione o rinuncia a diritti in deroga ai divieti di legge» (FESTI F., *Clausola compromissoria e contratto illecito*, cit., pp. 1443 e 1444).

<sup>575</sup> Dunque, due sarebbero i possibili scenari: o gli arbitri dichiarano la nullità del contratto, oppure omettono di dichiararla, ma in questo caso può essere posto rimedio all'erronea definizione del giudizio arbitrale attraverso l'impugnazione per nullità del lodo ex art. 829 c.p.c. per violazione di regole di diritto. Per una più approfondita disamina del tema, v. FESTI F., *op. ult. cit.*, p. 1445, anche per una indagine sull'origine del rinvio all'istituto della transazione contenuto nell'art. 806 *ante* novella del 2006.

3.8.2 Segue: e il suo superamento alla luce del diritto positivo.  
*L'arbitrato da clausola compromissoria statutaria di cui al d.lgs.  
17 gennaio 2003, n. 5 e la perdurante problematica della  
deferibilità ad arbitri delle azioni di impugnazione delle delibere  
assembleari.*

Dalla opzione della incompromettibilità delle controversie che sottendono norme inderogabili ne è passata di acqua sotto i ponti. Ed invero, le successive riforme in materia di arbitrato disegnano un rinnovato percorso connotato dalla conversione del divieto di arbitrato nelle materie governate da norme imperative con la garanzia del controllo giudiziale della corretta applicazione delle norme medesime<sup>576</sup>.

Sul punto siano consentite delle brevi parentesi.

La prima riguarda la *vexata quaestio* dell'arbitrabilità delle liti concernenti l'impugnazione delle delibere societarie (dell'assemblea, ma anche del consiglio di amministrazione)<sup>577</sup>, che tutt'oggi rappresenta uno dei settori nei quali si registrano frettolose sovrapposizioni tra le nozioni di indisponibilità e imperatività.

Sul piano generale, il tema dei limiti oggettivi dell'arbitrato societario – e quello della compromettibilità in arbitri delle controversie endosocietarie – è affrontato dalla giurisprudenza con soluzioni spesso contrastanti o comunque poco lineari. I criteri più diffusi sono quelli che si basano sulla natura dell'interesse protetto o su quello (per certi versi speculare) che distingue tra deliberazioni nulle e deliberazioni annullabili. Così, sono considerate compromettibili le controversie aventi ad oggetto l'impugnativa di delibere assembleari laddove gli interessi posti in gioco siano di carattere individuale, non anche quelle idonee ad incidere sulla

---

<sup>576</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 453 ss., spec. pp. 479 e 484.

<sup>577</sup> Cfr., in proposito, Cass., 3 gennaio 2013, n. 28, in *Giur. it.*, 2013, p. 1097, con nota di BOGGIO L., *Per un lodo societario mai d'equità e sempre annullabile ex art. 829, comma 3, c.p.c. in caso d'impugnazione delle deliberazioni consiliari (ed, anche, gli altri atti «organizzativi» non collegiali)*, secondo cui nella dizione dell'art. 36 – che discorre di «delibere assembleari» – devono «necessariamente rientrare anche le delibere del consiglio di amministrazione di cui all'art. 2388 cod. civ., senza per questo mettere in discussione la diversità di contenuti e di compiti assegnati dalla menzionata normativa alle due classi di delibere [...]; né tanto meno la diversa funzione del Consiglio di amministrazione, che per quanto ampio possa apparire, resta pur sempre circoscritta al campo della gestione dell'impresa sociale».

posizione della società e/o dei terzi<sup>578</sup>; ancora, si considerano compromettibili le controversie relative a delibere annullabili, mentre sono considerate non arbitrabili quelle su deliberazioni il cui vizio può sfociare in una possibile declaratoria di nullità<sup>579</sup>.

I menzionati criteri pagano il debito del previgente articolo 806 c.p.c., il quale imponeva di considerare i limiti posti dall'art. 1972 c.c. all'accordo transattivo su titolo nullo, ed è percepibile il sodalizio con le opzioni che misurano il campo di arbitrabilità con il metro dell'imperatività della norma<sup>580</sup>.

---

<sup>578</sup> Tra le altre, Cass., 18 febbraio 1988, n. 1739, che esclude la deferibilità ad arbitri delle controversie in tema di revoca per giusta causa di un amministratore di una società in accomandita semplice fondata sulla violazione delle disposizioni che prescrivono la precisione e la chiarezza dei bilanci, trattandosi di disposizioni poste a tutela di interessi non disponibili da parte dei singoli soci; Cass., 19 settembre 2000, n. 12412, in relazione alla controversia riguardante lo scioglimento della società, considerata insuscettibile di definizione in via arbitrale perché trattasi di controversia coinvolgente non solo il personale interesse dei soci, di per sé disponibile, ma altresì quello generale al mantenimento in vita della società; Cass., 21 dicembre 2000, n. 16056, secondo cui l'azione di impugnativa di una delibera adottata in violazione dell'art. 2373 c.c., benché annullabile e non nulla, coinvolge l'accertamento dell'interesse della società e di quello collettivo, dei soci e dei terzi, sicché non può essere devoluta al collegio arbitrale. Più di recente v. anche Cass., (ord.) 6 novembre 2017, n. 26300, la quale riconosce l'arbitrabilità della controversia sul rilievo che la domanda non è intesa a far dichiarare l'invalidità del bilancio, ma la responsabilità degli amministratori «per essere venuti meno, anche tramite la violazione delle regole di bilancio, all'osservanza dei doveri sottesi al proprio ufficio». Si afferma, invero, che l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori è suscettibile di essere devoluta ad arbitri perché: a) la medesima è attribuita alla società «a tutela di interessi che non superano i limiti della stessa compagine sociale», investendo gli interessi dei terzi solo in modo eventuale e indiretto (già Cass., 19 febbraio 2014, n. 3887); b) «concerne diritti patrimoniali disponibili all'interno di un rapporto di natura contrattuale»; c) è espressamente previsto dalla legge che l'azione di responsabilità contro gli amministratori possa formare oggetto di rinuncia e transazione (art. 2476, comma 5, e 2393, comma 6, c.c.). Sulla non compromettibilità in arbitri delle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione delle delibere di approvazione del bilancio della società per difetto dei requisiti di veridicità, chiarezza e precisione, perché trattasi di requisiti dettati oltre che nell'interesse dei soci, anche a tutela dell'affidamento di tutti i soggetti che con la società entrano in rapporto, Cass., (ord.) 13 ottobre 2016, n. 20674; Cass., 10 giugno 2014, n. 13031.

<sup>579</sup> Cfr., anche per gli opportuni richiami giurisprudenziali, AULETTA F., *Dell'arbitrato*, in AA. VV., *La riforma delle società. Il processo*, a cura di SASSANI B., Torino, 2003, p. 333.

<sup>580</sup> È principio consolidato quello secondo cui «l'area dell'indisponibilità deve ritenersi circoscritta a quegli interessi protetti da norme inderogabili, la cui violazione determini una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa

Ora, focalizzando l'accento sulle controversie concernenti l'impugnativa degli atti dell'assemblea, sembra appena il caso di precisare, a scanso di ogni perplessità, che alcun dato decisivo può trarsi dalle disposizioni che menzionano espressamente le «controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari» (artt. 35, comma 5 e 36, comma 1, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5), perché l'ambito oggettivo di arbitrato rimane genericamente ancorato al concetto di indisponibilità (art. 34, comma 1).

Questa riflessione vede la dottrina pressoché concorde<sup>581</sup>, benché gli interpreti giungano poi ad esiti qualificatori profondamente diversi tra loro. Vi è chi ammette sempre l'esperibilità della tutela caducatoria in arbitrato, pur qualificando in termini di indisponibilità tutte le impugnative di delibere assembleari<sup>582</sup>; chi afferma la perdurante

---

di parte, quali, in particolare, le norme dirette a garantire la chiarezza e la precisione del bilancio di esercizio» (Cass., (ord.) 9 maggio 2019, n. 12391; Cass., (ord.) 5 febbraio 2018, n. 2692; Cass., del 2018; Cass. 12 settembre 2011, n. 18600; Cass., 23 febbraio 2005, n. 3772). È evidente l'influenza delle teorie in materia di invalidità negoziali che considerano la nullità indice di rilevanza pubblicistica dell'interesse protetto (cfr., in proposito, i rilievi svolti in precedenza, nel testo e nelle note).

<sup>581</sup> Vi fa eccezione RICCI E. F., *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 517 ss., su cui v. nota successiva.

<sup>582</sup> RICCI E. F., *Il nuovo arbitrato societario*, cit., p. 521 s., secondo cui le disposizioni di cui agli artt. 35, comma 5 e 36, comma 1 descriverebbero le controversie aventi ad oggetto la validità delle delibere assembleari come autonoma categoria di lite suscettibile di definizione in via arbitrale. Secondo l'A., le impugnazioni di delibere assembleari appartengono alla materia indisponibile, perché le parti non possono conseguire in via negoziale la caducazione della delibera invalida, sicché il legislatore farebbe «vistoso ingresso nel campo delle controversie in materia non disponibile», avvalendosi della facoltà contemplata dall'art. 12 della legge di delega n. 366 del 3 ottobre 2001.

Questa osservazione, benché suggestiva, è stata smentita da quanti hanno osservato, per un verso, che l'impugnativa della delibera assembleare può ben concludersi con un accordo transattivo di contenuto diverso rispetto al provvedimento che le parti otterrebbero dal giudice (in proposito, v. spec. CHIARLONI S., *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 124 ss., spec. p. 130 s., il quale riporta gli esempi di un accordo con il quale la società si impegna a convocare una nuova assemblea o di un accordo che contempli la rinuncia all'azione dietro pagamento di una somma di denaro; nello stesso senso, RUFFINI G., *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 503 s., a mente del quale ciò che conta «è la transigibilità e la conseguente compromettibilità di gran parte delle controversie originate dall'impugnazione delle delibere societarie»); per altro verso, che nella materia societaria l'ostacolo alla risoluzione transattiva della controversia è dato spesso da un difetto di legittimazione a disporre,

vigenza del criterio di distinzione tra delibere annullabili e delibere affette da nullità, concludendo nel senso della non compromettibilità delle domande dirette all'accertamento della nullità<sup>583</sup>; chi, infine, esclude dal campo di arbitrabilità le sole ipotesi di nullità assoluta e insanabile, vale a dire le impugnazioni di deliberazioni che modificano l'oggetto sociale al fine di perseguire attività illecite o impossibili (arg. ex art. 2379, comma 1, c.c.)<sup>584</sup>.

Per comprendere a fondo il problema *de qua* occorre, almeno per il momento, spostare il campo di osservazione dalla compromettibilità in sé delle controversie in esame ai profili sostanziali dell'invalidità delle delibere societarie.

Prima della riforma del 2003, la materia delle deliberazioni dell'assemblea si era adagiata sulle tradizionali classificazioni dogmatiche delle invalidità negoziali, ossia sulla distinzione tra nullità e annullabilità. La fattispecie negoziale nulla è giuridicamente irrilevante e la causa di nullità opera a prescindere dalla volontà dei

---

non dalla indisponibilità oggettiva della materia, dal momento che la modifica della deliberazione non può provenire dalle parti in causa (il socio e la società) ma dall'assemblea, unico organo legittimato a manifestare la volontà dell'ente (ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, cit., p. 471 s.). Sempre sul piano della disponibilità o meno delle controversie *de qua*, giova richiamare le lucide osservazioni di quella parte della dottrina (spec. ZOPPINI A., *I «diritti disponibili relativi al rapporto sociale» nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1178 ss., spec. p. 1181) che dimostra come le peculiarità del settore societario impongano di abbandonare la prospettiva individualistica della titolarità del diritto, considerando disponibili i diritti per i quali esiste il potere di disposizione *in capo alla compagine sociale*.

<sup>583</sup> È questa la posizione di CARPI F., *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 419. Sullo stesso filone, sia pure in termini più problematici, CERRATO A. S., *La clausola per arbitrato societario in Italia: questioni (ancora) aperte*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1528.

<sup>584</sup> CHIARLONI S., *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, cit., p. 131; ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, cit., p. 484 ss. Quest'ultima A., tuttavia, rispetto alle delibere affette da nullità insanabile, prospetta la compromettibilità sulla base di un duplice ordine di riflessioni: per un verso, mediante il ricorso ad un concetto di disponibilità attenuato, che consenta di tenere in considerazione la funzione accertativa dell'arbitrato (sulla nozione flessibile di «indisponibilità», nella prospettiva della tutela arbitrale, v. par. 3.8.4); per altro verso, attraverso il richiamo, sia pure con termini parzialmente dubitativi, dell'opzione di ZOPPINI A., *op. loc. ult. cit.*, circa la disponibilità della materia laddove sussista il potere emendativo in caso alla compagine sociale.

contraenti<sup>585</sup>; per converso, il contratto annullabile è giuridicamente rilevante e produttivo di effetti<sup>586</sup> (*rectius*: ha un'efficacia giuridica condizionata alla produzione dell'azione giudiziale di invalidazione<sup>587</sup>) e tra gli effetti da esso prodotti figura anche l'attribuzione al soggetto legittimato del diritto potestativo alla caducazione della fattispecie negoziale<sup>588</sup>.

Ora, il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, pur mantenendo ferma la distinzione tra delibere nulle e delibere annullabili, introduce una forma più attenuata di nullità, attraverso la previsione di diversificate forme di sanatoria: la deliberazione nulla può essere impugnata da chiunque vi abbia interesse, ma entro tre anni dalla sua iscrizione (o dal suo deposito nel registro delle imprese, se vi è soggetta), decorso il quale anche il rilievo d'ufficio risulta precluso; è, inoltre, contemplata la possibilità di una sanatoria anticipata (art. 2379 *bis* c.c.) e della sua sostituzione con altra deliberazione presa in conformità della legge e dello statuto (arg. *ex* artt. 2379, ultimo comma e 2377, comma 8, c.c.)<sup>589</sup>.

Questo regime di tendenziale attenuazione del rilievo delle circostanze invalidanti trova una specifica manifestazione in relazione alle delibere di approvazione del bilancio, tradizionalmente ricondotte dalla giurisprudenza nell'area dell'indisponibilità per esorbitanza dell'interesse tutelato dalle norme in tema di chiarezza e precisione del bilancio<sup>590</sup>. Rispetto ad esse è contemplata una ulteriore ipotesi

---

<sup>585</sup> Da ciò consegue l'allargamento della platea dei legittimati, la rilevanza d'ufficio «in ogni stato e grado del processo», l'imprescrittibilità dell'azione, l'opponibilità ai terzi e l'insanabilità del vizio. Sul punto, PAGNI I., *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, p. 190.

<sup>586</sup> PIAZZA G., *L'impugnativa delle delibere nel nuovo diritto societario: prime riflessioni di un civilista*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 966.

<sup>587</sup> MESSINEO F., voce *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 470.

<sup>588</sup> MESSINEO F., *op. ult. cit.*, p. 475.

<sup>589</sup> Su questi profili, PIAZZA G., *L'impugnativa delle delibere nel nuovo diritto societario: prime riflessioni di un civilista*, cit., p. 967 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, cit., p. 453 ss.

<sup>590</sup> Sulla rispondenza ad interessi generali delle norme dirette a garantire la chiarezza e la precisione del bilancio di esercizio e sulla illiceità della delibera di approvazione del bilancio redatto in violazione di tali disposizioni inderogabili, tra le altre, Cass., sez. un., 21 febbraio 2000, n. 27; Cass., 22 gennaio 2003, n. 928; Cass., 29 aprile 2004, n. 8204; Cass., 23 febbraio 2005, n. 3772; Cass., 19 febbraio 2011, n. 18600; Cass., (ord.) 13 ottobre 2016, n. 20674.

preclusiva del potere di impugnazione, che consiste nell'approvazione del bilancio di esercizio successivo, ipotesi che trova indistinta applicazione a prescindere dalla concreta qualificazione della patologia della delibera<sup>591</sup>.

In sostanza, si tenta di arginare lo straripamento della categoria dei vizi insanabili<sup>592</sup>, disegnando una disciplina della nullità prossima alla fattispecie dell'annullamento<sup>593</sup>, disciplina dalla quale si sottraggono solo «le deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività impossibili o illecite»<sup>594</sup>, le uniche che ancora si prestano ad essere descritte attraverso la categoria civilistica della nullità radicalmente insanabile.

Ci si avvede, così, che l'assoluta inderogabilità non è più un predicato *necessario* del substrato normativo in materia di delibere societarie.

Il rinnovato quadro sostanziale lascia all'interprete chiari segnali di temperamento dei profili tradizionalmente considerati dalla giurisprudenza indici di indisponibilità della materia (oltre all'allargamento della platea dei legittimati, che ancora permane, anche la rilevabilità d'ufficio, l'imprescrittibilità dell'azione e l'insanabilità del vizio)<sup>595</sup>.

La *quaestio* della disponibilità/indisponibilità delle impugnative degli atti dell'assemblea, se affrontato con le medesime premesse, dovrebbe coerentemente condurre la giurisprudenza a considerare compromettibili tali controversie<sup>596</sup>, anche senza scomodare troppo le

---

<sup>591</sup> «Le azioni previste dagli articoli 2377 e 2379 non possono essere proposte nei confronti delle deliberazioni di approvazione del bilancio dopo che è avvenuta l'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo» (art. 2434 *bis*, comma 1, c.c.).

<sup>592</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA E., *op. ult. cit.*, p. 454.

<sup>593</sup> Tant'è che parte della dottrina discorre di *annullabilità assoluta*. Cfr. spec. PIAZZA G., *op. ult. cit.*, p. 969, il quale afferma che anche le delibere nulle sono in realtà annullabili, «nel senso cioè che esse sono immediatamente efficaci sin dal momento della loro adozione e che soltanto il termine di impugnazione sia stato ampliato dal legislatore della riforma, consentendosi l'esercizio del potere di caducazione fino a tre anni dalla loro assunzione (o iscrizione o deposito)». Sul punto v. anche CHIARLONI S., *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, cit., p. 131.

<sup>594</sup> *Ex art. 2379*, comma 1, c.c., le uniche che «non acquistano rilevanza giuridica e gli eventuali effetti che dovessero comunque produrre sono solo effetti *di fatto*» (PIAZZA G., *op. loc. ult. cit.*, corsivo dell'A.).

<sup>595</sup> Anche se concettualmente dovrebbe discorrersi non di *indisponibilità*, ma di *inderogabilità*.

<sup>596</sup> In questi termini, ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, cit., p. 473. Vi è da ricordare,

teorie dell'oggetto del processo nelle azioni di impugnativa negoziale<sup>597</sup>.

La soluzione dell'arbitrabilità delle liti volte alla caducazione delle delibere invalide discenderebbe plausibilmente dalla rinunciabilità del diritto di impugnazione<sup>598</sup> e dalla sussistenza, *in capo alla compagine*

---

però, che questi profili di decisiva attenuazione di tutte le circostanze invalidanti delle deliberazioni dell'assemblea non sono adeguatamente valorizzati dalla giurisprudenza di legittimità. Si afferma, per un verso, che i termini previsti dagli artt. 2379 e 2434 *bis* c.c. sono «semplici termini di decadenza» e non di prescrizione, superando così il rilievo per cui i diritti indisponibili sono imprescrittibili *ex art.* 2934 c.c.; per altro verso, che la rinnovata disciplina sostanziale risponde «ad una finalità acceleratoria delle attività [...], in funzione della stabilità e della certezza delle situazioni giuridiche» sicché «non depone necessariamente in favore dell'indisponibilità di tali situazioni» (Cass., (ord.) 13 ottobre 2016, n. 20674; in questi termini anche Cass., (ord.) 10 giugno 2014, n. 13031). Tali rilievi trovano eco anche in una parte della dottrina; v., ad esempio, CERRATO S. A., *La clausola per arbitrato societario in Italia: questioni (ancora) aperte*, cit., p. 1527, secondo cui «vero è che la riforma ha ristrutturato la disciplina delle invalidità delle delibere seguendo un complessivo disegno di depotenziamento degli spazi di tutela reale, ma ciò – a nostro cauto avviso – nell'ottica non di un'abdicazione dalla funzione di salvaguardia della meritevolezza degli interessi, quanto piuttosto di un rafforzamento della stabilità degli atti, della certezza dei traffici, dell'incremento dell'efficienza della giustizia».

<sup>597</sup> Questo profilo è valorizzato da ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, cit., p. 469, nota 50, e p. 460, dove si afferma che «ove si voglia individuare nell'oggetto del processo di nullità l'invalidità dell'atto sotto il profilo del singolo fatto impeditivo rilevato, si tratterebbe di una soluzione che non si discosta, quanto alle conseguenze in tema di disponibilità del diritto, da quella adottata in tema di annullamento, poiché occorrerebbe pur sempre verificare se la situazione soggettiva sostanziale relativa all'invalidità dell'atto sia passibile di rinuncia od abdicazione»; e ancora, che «la nullità delle delibere assembleari presenta a sua volta peculiarità rispetto all'invalidità contrattuale», sicché, dando «per postulato che oggetto del processo sia il diritto (potestativo) della parte all'annullamento, deve allora verificarsi se il diritto di impugnazione della deliberazione possa essere oggetto di rinuncia e disposizione». In una prospettiva diversa, VERDE G., in AA. VV., *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di VERDE G., Torino, 1997, p. 54, il quale, con riferimento alla compromettibilità delle impugnazioni di delibere societarie, propone di porre l'accento sulla disponibilità o meno della situazione giuridica su cui la delibera interferisce.

<sup>598</sup> Del resto, se il socio può scegliere di non esercitare il diritto alla caducazione della delibera, contribuendo a renderla definitivamente valida ed efficace, non si vede perché non possa decidere di esercitare il potere demolitorio non facendo ricorso al giudice statale.



*sociale*, di un ampio potere emendativo e sostitutivo della delibera invalida<sup>599</sup>.

Resterebbero escluse da questo ragionamento le deliberazioni ancora appartenenti alla categoria delle nullità radicalmente insanabili, per le quali potrebbero soccorrere in aiuto le riflessioni svolte in precedenza circa la distinzione tra disposizione e accertamento. Invero, la funzione accertativa dell'istituto arbitrale, con la garanzia del controllo giurisdizionale successivo circa l'osservanza delle norme imperative (controllo prescritto nella materia *de qua* all'art. 36, comma 1) e con esclusione della valutazione equitativa, potrebbe consentire di superare le perplessità manifestate dalla giurisprudenza anche relativamente a queste ipotesi.

Ciò in quanto, è bene ripeterlo, per un verso, la norma imperativa non muta sempre la situazione giuridica da essa regolata, imponendo piuttosto la sua osservanza; per altro verso, attraverso il deferimento ad arbitri, le parti non dispongono della norma imperativa, ma semplicemente «deviano» su un «binario procedimentale» diverso dal «binario della giurisdizione statale»<sup>600</sup> l'accertamento e l'«applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto»<sup>601</sup>.

Al più, la norma inderogabile incide sulla capacità delle parti di *disporre*<sup>602</sup> la decisione equitativa (*ex art. 822 c.p.c.*)<sup>603</sup>, ma si tratta di un profilo su cui l'art. 36, comma 1, offre già una adeguata risposta<sup>604</sup>.

---

<sup>599</sup> In base al rilievo che l'ostacolo alla risoluzione transattiva delle controversie nel settore endosocietario deriva spesso dalla circostanza che la volontà negoziale della società debba essere deliberata dall'assemblea. Sul punto, ZOPPINI A., *I «diritti disponibili relativi al rapporto sociale» nel nuovo arbitrato societario*, cit., p. 1178 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA E., *op. ult. cit.*, p. 471 s.; CONSOLO C., *Sul «campo» dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 255 s.; v., infine, CHIARLONI S., *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, cit., p. 130 s., e RUFFINI G., *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 503 s. secondo cui l'arbitrabilità delle liti *de qua* deriva dalla transigibilità della gran parte delle controversie originate dall'impugnazione.

<sup>600</sup> Le parole virgolettate sono di VERDE G., *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 640.

<sup>601</sup> Mutuando le parole della Corte costituzionale nella sentenza 28 ottobre 2001, n. 376, in *Riv. arb.*, 2001, n. 657, con nota adesiva di BRIGUGLIO A., *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*, con cui si riconosce la legittimazione degli arbitri a sollevare questione di legittimità costituzionale.

<sup>602</sup> AULETTA F., *Commento sub art. 822*, in AA. VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 403 ss.

### 3.8.3 *L'esito di una lunga «schizofrenia legislativa»: un rapido sguardo all'arbitrato in materia di contratti pubblici.*

La seconda parentesi riguarda l'arbitrato per la risoluzione di controversie derivanti dall'esecuzione di contratti in materia di opere pubbliche, il quale consegna all'interprete un importante modello per quanto riguarda il regime di stabilità del lodo pronunciato su materie che, oltre ad essere governate da disposizioni ad alto tasso di imperatività, sottendono la tutela di interessi pubblici istituzionalmente riservati e affidati alla pubblica amministrazione.

Il tema del rapporto tra arbitrato e amministrazione condurrebbe lontani.

È qui sufficiente rilevare che l'esperienza dell'arbitrato quando è parte una pubblica amministrazione per lungo tempo si è svolto prevalentemente nel settore delle opere pubbliche, dove il medesimo si presta ad essere uno strumento indispensabile per la definizione, con sufficiente celerità e sulla base di conoscenze specifiche, delle controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture<sup>605</sup>.

Si ricorderà la posizione della giurisprudenza circa l'esclusione dal campo di arbitrabilità delle controversie relative a diritti soggettivi attribuite alla giurisdizione amministrativa, tesi che scorgeva la nullità della convenzione di arbitrato non tanto dalla presupposta indisponibilità dei diritti controversi, quanto dalla asserita inderogabilità della giurisdizione<sup>606</sup>.

Senonché, la legge 21 luglio 2000, n. 205, nel trasferire blocchi di materie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ha avuto cura di riconoscere l'ammissibilità dell'arbitrato per tutti i diritti soggettivi affidati al ramo Tar/Consiglio di Stato (art. 6, comma 2). Ma anche quell'intervento non valse a sopire il sospettoso

---

<sup>603</sup> VERDE G., in AA. VV., *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., p. 54; AULETTA F., *Dell'arbitrato*, cit., p. 333; BOVE M., *La giustizia privata*, cit., p. 11.

<sup>604</sup> Cass., 3 gennaio 2013, n. 28, cit., secondo cui l'art. 36 detta un principio di valenza generale nel campo endosocietario, ossia «quello per cui gli arbitri devono decidere secondo diritto quando entrano in gioco norme inderogabili: senza che il relativo giudizio possa essere sottratto dalle parti ad un eventuale sindacato del giudice ordinario».

<sup>605</sup> VERDE G., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 1 ss., specie p. 10 s.; ID., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 9.

<sup>606</sup> Il dogmatismo della posizione traspariva da una rapida lettura delle disposizioni di diritto internazionale privato, ispirate alla tendenziale derogabilità della giurisdizione statale.

atteggiamento della giurisprudenza rispetto all'arbitrato, così limitando cronologicamente l'ammissiva previsione per ritenuta innovatività della norma, benché l'arbitrabilità fosse comunque *de plano* ricavabile dall'evidente coefficiente paritario delle non poche materie oggetto del trasferimento in blocco operato negli ultimi anni<sup>607</sup>.

---

<sup>607</sup> CONSOLO C., *Sul «campo» dissodato della compromettibilità in arbitri*, cit., p. 249. Sulla natura interpretativa dell'art. 6, comma 2, cit., anche VERDE G., *op. ult. cit.*, p. 5 ss.; PANZAROLA A., *Giurisdizione del giudice amministrativo e arbitrato rituale di diritto*, in *Riv. arb.*, 2013, p. 466. Per la natura innovativa della disposizione, inidonea pertanto a sanare le clausole originariamente invalide, Cass., Sez. un., (ord.) 18 novembre 2008, n. 27336, dove si afferma che l'art. 6, comma 2, cit., «non pone una norma sulla giurisdizione ma risolve un problema di merito, in quanto, estendendo la possibilità di deferire ad arbitri le controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, investe la validità ed efficacia del compromesso o della clausola compromissoria». Peraltro, è noto che la disposizione, nel rimuovere ogni dubbio circa l'arbitrabilità delle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, altri ne creava. In particolare, poneva un problema di giurisdizione per ciò che concerne il giudizio di impugnazione del lodo: vale a dire se spettasse al giudice ordinario (Corte di appello) o al giudice amministrativo, o se piuttosto dovesse essere ripartito tra i due (fase rescindente al primo, fase rescissoria al secondo). Si ricorderà, in proposito, che la giurisprudenza amministrativa aveva avvocato a sé tale competenza (Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2003, n. 3655), sul rilievo che per le controversie oggetto di giurisdizione esclusiva il giudice naturale per l'impugnazione fosse il giudice amministrativo. La posizione fu però contrastata dalla Corte di Cassazione, la quale aveva sposato la tesi della giurisdizione del giudice ordinario (cfr. Cass., Sez. un., (ord.) 3 luglio 2006, n. 15204, in *Riv. dir. proc.*, 2007, n. 751, con nota di MARINUCCI E., *L'impugnazione per nullità di lodo arbitrale reso in materia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*). Il legislatore, nell'evidente tentativo di rimuovere ogni dubbio circa la competenza della Corte di appello in materia di impugnazione dei lodi su diritti oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ha espressamente richiamato il codice di rito quale fonte regolatrice dell'arbitrato (all'art. 12 del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104). Sul tema, cfr. VERDE G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 6; LUISO F. P., *Arbitrato e giurisdizione nelle controversie devolute al giudice amministrativo*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 427 ss. Sul tema dell'arbitrato nelle controversie in cui sia parte una pubblica amministrazione occorre segnalare anche il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, coordinato con la legge di conversione 10 novembre 2014, n. 162 («Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile»), il cui art. 1, comma 1, introduce il meccanismo del silenzio/assenso della pubblica amministrazione in sede di stipula dinamica del compromesso, meccanismo il quale onera la p. a., dinanzi alla volontà della parte di adire il giudice privato, di rifiutare per iscritto la proposta della parte. La novità,

Anche quello della compromettibilità in arbitri delle controversie in materia di contratti pubblici è un tema non certo scevro di incertezze, essendo stato connotato dall'estenuante susseguirsi di interventi legislativi, in relazione ai quali ogni tentativo di ricostruzione dell'indirizzo di fondo sarebbe vano<sup>608</sup>. Volendo rispolverare solo i principali interventi che si sono succeduti a partire dalla prima c.d. «direttiva ricorsi» (21 dicembre 1989, 655/89/CEE)<sup>609</sup>: dal divieto di arbitrato, all'arbitrato (almeno apparentemente) obbligatorio nei casi di mancato raggiungimento dell'accordo bonario, successivamente reso facoltativo<sup>610</sup> onde conformarlo al ben conosciuto e consolidato

---

indice di un evidente *favor* per l'arbitrato, sembra dunque andare in controtendenza rispetto alle linee evolutive del tema poco sopra ricostruite.

<sup>608</sup> Cfr. BERLINGUER A., *A proposito della compromettibilità delle controversie in materia di lavori pubblici, della nomina di arbitri per relationem, dei requisiti di forma ex art. 1341 c.c., ed altro ancora*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 761; SCOCA S. S., *L'arbitrato nei contratti pubblici e l'insondabile saggezza del legislatore*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 1160.

<sup>609</sup> La c.d. «direttiva ricorsi» (21 dicembre 1989, 665/89/CEE), seguita nel breve vigore di tre anni dalla seconda (13/92/CEE del 25 febbraio 1992), fu recepita in Italia con la legge comunitaria 11 febbraio 1992, n. 142. In dottrina, MORBIDELLI G., *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, p. 829.

<sup>610</sup> L'art. 32 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 («legge quadro in materia di lavori pubblici», c.d. «legge Merloni»), nell'attribuire la cognizione delle controversie in materia di contratti di lavori pubblici alla giurisdizione del giudice ordinario, sancendo altresì l'applicazione del rito speciale del lavoro (probabilmente allo scopo di rispettare le norme comunitarie che volevano garantire la ragionevole durata dei processi), introdusse il divieto di inserire, nei capitolati generali o speciali, clausole compromissorie volte a deferire dette controversie ad un collegio arbitrale. La disposizione, tuttavia, non entrò in vigore avendone il legislatore differito l'operatività attraverso la reiterazione di svariati decreti-legge, fino al d.l. 3 aprile 1991, n. 101, convertito con modificazioni dalla legge 2 giugno 1995, n. 216 (c.d. «legge Merloni bis»). L'art. 9 *bis* di tale legge, modificando il già citato art. 32, stabilì che la risoluzione delle controversie, nel caso in cui non fosse raggiunto un accordo bonario ai sensi del precedente art. 31 *bis*, comma 1, «è attribuita ad un arbitrato ai sensi delle norme del libro quarto del Codice di procedura civile». Si assistette, dunque, ad un netto capovolgimento di tendenza: dal divieto di arbitrato alla reintegrazione del medesimo, peraltro apparentemente obbligatorio e integralmente disciplinato dal codice di rito (SCOCA S. S., *L'arbitrato nei contratti pubblici e l'insondabile saggezza del legislatore*, cit., p. 1173 ss.; MARONE F., *Favor arbitratu e arbitrato amministrato in materia di contratti pubblici*, in *Riv. arb.*, 2018, p. 1 ss., specie p. 7 ss.). Atteso il ben noto orientamento della Consulta circa l'illegittimità costituzionale dell'arbitrato obbligatorio, in dottrina si tentò una interpretazione della disposizione *secundum constitutionem*, rilevando che poiché il dettato normativo non si esauriva in quell'affermazione perentoria ma proseguiva con il rinvio alle disposizioni codicistiche, tale rinvio avrebbe ben consentito di

orientamento della Corte costituzionale in ordine alla illegittimità dell'arbitrato obbligatorio<sup>611</sup>, passando per il divieto di arbitrato introdotto dalla legge finanziaria del 2008, peraltro mai entrato in vigore<sup>612</sup>, fino all'attuale arbitrato obbligatoriamente amministrato<sup>613</sup>.

---

leggere l'indicativo «è attribuita» come «può essere attribuita», reindirizzando così l'arbitrato nei binari della facoltatività (PUNZI C., *Vicende recenti e meno recenti in tema di arbitrato per la risoluzione delle controversie negli appalti di opere pubbliche*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 757 s.). Ma l'infelice formulazione legislativa indusse il legislatore, con la legge 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. «legge Merloni ter») a riscrivere il menzionato art. 32, con formula esplicativa secondo cui «tutte le controversie derivanti dall'esecuzione del contratto [...] possono essere deferite ad arbitri». La legge, inoltre, introdusse una forma di arbitrato amministrato, attraverso l'istituzione della Camera arbitrale presso l'Autorità di Vigilanza dei lavori pubblici. I successivi interventi legislativi (legge 1 agosto 2002, n. 166, c.d. «legge Merloni quater» e legge 20 agosto 2002, n. 190, c.d. «legge obiettivo») non contribuirono nell'intento di chiarezza, perché accanto all'arbitrato disciplinato dal codice di rito si affiancò l'arbitrato amministrato articolato in tre diverse *species*, per diversa disciplina e diverso ambito di applicazione (ossia: a) l'arbitrato ex art. 9, comma 4, del regolamento di cui al d.m. 2 dicembre 2000, n. 398; b) disposizioni specifiche per le c.d. grandi infrastrutture; c) arbitrato specifico per le controversie sulla realizzazione delle infrastrutture strategiche). Il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (vecchio «Codice dei contratti pubblici») tentò la razionalizzazione della disciplina dell'arbitrato attraverso l'unificazione delle precedenti disposizioni normative. Si introdussero due forme di arbitrato (c.d. «doppio binario»): una libera, disciplinata dal codice di rito civile (salve le variazioni previste dall'art. 241 in materia di composizione del collegio arbitrale, criteri di determinazione del valore della controversia, tariffe relative al compenso degli arbitri, deposito del lodo); un arbitrato amministrato, disciplinato dall'art. 243 (con disposizioni applicabili ai giudizi arbitrali il cui presidente è nominato dalla Camera arbitrale).

<sup>611</sup> Orientamento inaugurato con la celebre sentenza 4 luglio 1977, n. 127, con la quale veniva dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 25 r.d. n. 1127 del 1939 nella parte in cui prevede(va) la devoluzione necessaria agli arbitri delle controversie in materia di invenzioni del lavoratore. Cfr. anche Corte cost., sentenza 18 dicembre 1991, n. 488, in *Riv. arb.*, 1992, n. 247; sentenza 27 novembre 1997, n. 381. Per una disamina delle diverse tecniche adoperate dalla Consulta nella giurisprudenza in materia di arbitrato obbligatorio, v. AULETTA F., *Tra illegittimità costituzionale e non fondatezza della questione: una terza via per le leggi di arbitrato «obbligatorio»?», nota a Corte cost., sentenza 13 aprile 2000, n. 115, in *Riv. arb.*, 2000, p. 275.*

<sup>612</sup> La legge 24 dicembre 2007, n. 244 («legge finanziaria 2008») aveva previsto, all'art. 3, comma 19, il divieto per le pubbliche amministrazioni, nonché per le società interamente possedute ovvero maggioritariamente partecipate dalle pubbliche amministrazioni, per gli enti pubblici economici e per le società interamente possedute o maggioritariamente partecipate da queste ultime, di inserire clausole compromissorie in tutti i contratti aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture, ovvero di stipulare, relativamente a tali contratti, compromessi *ad hoc*. Il divieto era rafforzato da due ulteriori previsioni: a) la comminatoria di nullità delle

Qui è sufficiente ripercorrere le più recenti tappe in materia, soprattutto per ciò che riguarda in regime di impugnazione del lodo. In particolare, la legge 7 luglio 2009, n. 88 (c.d. «legge comunitaria 2008»), contenente la delega al governo per l'adozione di uno o più decreti legislativi volti a recepire la direttiva 2007/66/CEE, dell'11 dicembre 2007, affidava al legislatore delegato il compito di formulare «disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato» in materia di contratti

---

clausole compromissorie e dei compromessi innanzi detti; b) la espressa previsione che la loro stipulazione costituisce illecito disciplinare e determina la responsabilità erariale per i responsabili dei relativi procedimenti. L'anzidetto divieto di arbitrato, però, non è mai entrato in vigore, in primo luogo perché più volte ne è stata differito il *dies a quo* di efficacia, in secondo luogo perché appariva in contrasto con quanto disposto dalla successiva legge 7 luglio 2009, n. 88 (c.d. «legge comunitaria 2008»), il cui art. 44, comma 3, lett. m), attribuiva al legislatore delegato il compito di «dettare misure razionalizzatrici dell'arbitrato secondo i seguenti criteri», figurando tra questi quello di «prevedere l'arbitrato come ordinario rimedio alternativo al giudizio civile». Disposizione, questa, che, benché contenuta in una legge delega, secondo una parte degli interpreti sarebbe stata idonea a produrre l'implicita abrogazione del divieto di arbitrato, perché dal contenuto sufficientemente chiaro ed esaustivo (spec. SCOCA C. C., *op. ult. cit.*, p. 1208 s.). La legge delega n. 88/2009 è stata, infine, attuata con il D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53, recante disposizioni per l'«[a]ttuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici». La legge recepisce anche gli ulteriori tre principi fondamentali indicati nella delega, vale a dire: a) prevedere che le stazioni appaltanti indichino sin dal bando o dall'avviso di indizione della gara se il contratto conterrà o meno la clausola arbitrale; b) contenere i costi del giudizio arbitrale; c) prevedere misure acceleratorie del giudizio di impugnazione del lodo arbitrale. L'arbitrato diviene dunque l'ordinario strumento di risoluzione delle controversie *in subiecta materia*, ma la volontarietà del medesimo è garantito, per un verso, prevedendo l'obbligo per l'amministrazione di indicare nel bando o nell'avviso di gara l'eventuale inserimento, nel contratto, nella clausola compromissoria (con contestuale previsione del divieto di stipula del compromesso), per altro verso, riconoscendo all'aggiudicatario il potere di declinare («ricusare», secondo le parole del legislatore) la competenza arbitrale entro 20 giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione.

<sup>613</sup> Il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 («Codice dei contratti pubblici» vigente), recependo i suggerimenti della Camera arbitrale (*Prospettive di riforma dell'arbitrato dei Contratti Pubblici (la proposta del Consiglio della Camera Arbitrale)*, in *Riv. arb.*, 2015, p. 631 ss., spec. 635 ss.) sopprime il sistema del c.d. «doppio binario», in forza del quale l'arbitrato era sussumibile sotto l'ombrello di due diverse discipline: quella relativa al c.d. arbitrato libero, applicabile nel caso in cui le parti si fossero messe d'accordo sulla nomina del terzo arbitro (art. 241); quella relativa al c.d. arbitrato amministrato presso la Camera arbitrale, applicabile nel caso in cui fosse stata quest'ultima a nominare il presidente.

relativi a servizi, forniture e lavori pubblici, così ribadendo l'arbitrabilità delle controversie *in subiecta materia*. Tra i principi indicati dalla legge delega, vi era quello di «prevedere l'arbitrato come ordinario rimedio alternativo al giudizio civile», probabilmente al fine di migliorare l'«efficacia delle procedure di ricorso», in coerenza con lo scopo della menzionata direttiva, quantunque la medesima riguardasse le sole procedure di ricorso relative alla fase di affidamento dell'appalto.

Nel rispetto di tale principio, il D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53 elimina il divieto di arbitrato previsto dalla «legge finanziaria 2008» e introduce significative modifiche (o aggiunte) agli artt. 241 e 243 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 («Codice dei contratti pubblici» previgente), anche in relazione al regime e agli effetti del lodo arbitrale. Per tale via, viene inserito il nuovo comma 15 *bis* all'art. 241, il quale sancisce la sindacabilità del lodo «oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia», introducendo così una ulteriore ipotesi di impugnabilità per *errores iuris in iudicando* disposta dalla legge, come richiesto dall'art. 829, comma 3, *post* novella 2006<sup>614</sup>. Inoltre, in deroga al regime ordinario previsto dall'art. 824 *bis* c.p.c., l'art. 241 differisce il *dies a quo* per l'efficacia del lodo dalla data della sua ultima sottoscrizione al momento del deposito presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici, deposito il quale condiziona anche l'esercizio del potere delle parti di ottenere la dichiarazione di esecutività del lodo a norma dell'art. 825. Per questo motivo, il menzionato comma 15 *bis* dell'art. 241 modifica il termine lungo per l'impugnazione, fissato in «centoottanta giorni dalla data del deposito del lodo presso la Camera arbitrale», fermo il termine breve di impugnazione (di «novanta giorni dalla notificazione del lodo», come per l'arbitrato di diritto comune)<sup>615</sup>.

---

<sup>614</sup> PUNZI C., *op. ult. cit.*, p. 763. Ma si vedano i rilievi che verranno svolti in seguito circa il significato delle parole «dalla legge» *ex* art. 829, comma 3, c.p.c., che appare preferibile (cfr. par. 3.9.3).

<sup>615</sup> PUNZI C., *op. ult. cit.*, p. 762. Peraltro, proprio in relazione al termine di efficacia del lodo, il D.Lgs. 53/2010 ha apportato una variazione di non poco momento. Premesso che l'art. 241 non prevedeva una disciplina speciale in relazione al termine per la pronuncia del lodo, sicché trovava applicazione la regola generale posta dall'art. 820 c.p.c., prima del 2010 era stabilito che «il lodo si ha per pronunciato con il suo deposito presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici». Diversamente, il D.Lgs. n. 53 del 2010 ha previsto che «il lodo si ha per pronunciato con la sua ultima sottoscrizione e diviene efficace con il suo deposito presso la

La compromettibilità delle controversie relative all'esecuzione dei contratti pubblici è mantenuta ferma negli anni successivi, benché con non trascurabili varianti.

La prima è introdotta dall'art. 1, comma 19, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. «legge anticorruzione»): la possibilità di deferire ad arbitri le controversie *in subiecta materia* è subordinata alla preventiva «autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione», in mancanza della quale la clausola compromissoria non può essere inserita nel contratto, senza necessità per l'aggiudicatario di ricusarla (*rectius*, di declinare la competenza degli arbitri)<sup>616</sup>.

---

Camera arbitrale per i contratti pubblici»: deposito il quale costituisce il momento a partire dal quale si producono gli effetti di cui all'art. 824 *bis* e decorre il termine lungo di impugnazione. La disposizione pregressa ricalcava chiaramente quella prevista per la sentenza del giudice togato (la quale, infatti, diviene giuridicamente ad esistenza nel momento in cui viene depositata in cancelleria), sicché la data dell'ultima sottoscrizione acquistava rilevanza solo ai fini della determinazione del *dies a quo* di decorrenza del termine di dieci giorni per il deposito del lodo presso la Camera arbitrale (LOMBARDINI I., *Arbitrato delle opere pubbliche*, in CARPI F., *Arbitrati speciali*, Bologna, 2008, p. 266). La formulazione *post* 2010 sembra, invece, essere ispirata all'esigenza di tenere in considerazione le peculiarità dell'arbitrato, in particolare l'obbligo per gli arbitri di addivenire alla pronuncia definitiva entro un determinato termine. Per tale via, il D.Lgs. 53/2010 collega il rispetto del termine per la pronuncia del lodo non più, come accadeva fino a quel momento, al momento del deposito, bensì a quello antecedente dell'ultima sottoscrizione, come accade per l'arbitrato di diritto comune, al fine di consentire agli arbitri di sfruttare a pieno il termine loro concesso per la pronuncia. Senonché, il differimento del momento in cui il lodo è idoneo a produrre i suoi effetti, da quello della sottoscrizione a quello del deposito, potrebbe indurre a ritenere che solo a partire da tale ultimo momento gli arbitri sono spogliati del potere decisorio, potendo – fino al momento del deposito – tener conto dello *ius superveniens* e della sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità, purché naturalmente non sia ancora spirato il termine per la pronuncia del lodo (ODORISIO E., *Arbitrato rituale e «lavori pubblici»*, Milano, 2011, p. 624). La previsione è mantenuta ferma nel D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il cui art. 209, comma 12, ricalca il previgente art. 241, comma 9, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

<sup>616</sup> È questa una interpretazione che consente di dare un senso alla disposizione di cui al comma 1 dell'art. 241, come modificata dall'art. 1, comma 19, della legge n. 190/2012, a norma del quale «[l]'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso, o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli». Ora, la lettura del successivo comma 1 *bis* dell'art. 241, suggerisce che nel bando, avviso o invito non vi è «l'inclusione della clausola compromissoria», ma solo l'indicazione «se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria». Sicché, per comprendere l'operatività di quella nullità, occorre individuare quali siano gli effetti di tale indicazione, che il legislatore ha



Oltre alla preventiva e motivata autorizzazione amministrativa, anche gli altri limiti relativi alla genesi dell'arbitrato sono mantenuti pressoché inalterati nel D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 («Codice dei contratti pubblici» attualmente in vigore): così, la stazione appaltante deve indicare nel bando, nell'avviso o nell'invito se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria<sup>617</sup>, la quale accede al contratto se non è tempestivamente «ricusata» dall'aggiudicatario, ed è vietato deferire ad arbitri la lite mediante compromesso.

---

evidentemente voluto impedire con la previsione della nullità. A norma dell'art. 241, comma 1 *bis*, per effetto di quella indicazione, la clausola compromissoria «è inserita nel contratto», salva la possibilità per l'aggiudicatario di «ricusarla» nei venti giorni successivi alla conoscenza dell'aggiudicazione, impedendone così l'inserimento nel contratto. Dunque, la nullità per mancata preventiva e motivata autorizzazione amministrativa significa impedire questo effetto, dimodoché nel contratto non può essere inserita la clausola compromissoria, senza necessità per l'aggiudicatario di ricusarla (ODORISIO E., *Arbitrato, decreto crescita e legge anticorruzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 937 ss., specie 945 s.; ID., *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 1608, nota 9). Sulla autorizzazione *de qua* sono necessari due ulteriori chiarimenti. La prima riguarda una variazione tra il testo del comma 1 dell'art. 241 del previgente codice dei contratti pubblici rispetto all'attuale comma 3 dell'art. 209 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Nel nuovo testo non figura la previgente previsione che sanzionava con la nullità non solo «l'inclusione della clausola compromissoria senza preventiva autorizzazione» ma anche «il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione», quest'ultima la quale costituiva un elemento letterale a favore della tesi che riconosceva la possibilità di una autorizzazione conferita successivamente rispetto all'indicazione nel bando, avviso o invito che il contratto avrebbe contenuto la clausola compromissoria non preventivamente autorizzata. La soppressione potrebbe, dunque, avere come conseguenza quella di escludere la possibilità di una autorizzazione *ex post* (v., però, ODORISIO E., *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 1610). La seconda precisazione è che la disposizione di cui all'art. 1, comma 19, della legge n. 190/2012 è passata indenne all'esame della Consulta, secondo la quale la discrezionalità del legislatore di subordinare ad una preventiva e motivata autorizzazione amministrativa la possibilità di deferire ad arbitri le controversie *de qua* non è manifestamente irragionevole, perché ispirata all'esigenza di mantenimento dei costi delle controversie e di tutela degli interessi pubblici coinvolti (Corte cost., sentenza 17 giugno 2015, n. 108).

<sup>617</sup> Nulla era previsto dall'art. 241, comma 1 *bis*, circa la sorte della clausola compromissoria eventualmente inserita nel contratto in mancanza della relativa indicazione nel bando, avviso o invito, né indicazioni in tal senso sono recepite nel nuovo codice dei contratti pubblici. Nel silenzio della legge, due sono le opzioni interpretative possibili: a) mera nullità della clausola compromissoria, con applicazione del regime previsto per l'arbitrato di diritto comune *ex artt.* 817, comma 2, e 829, comma 1, n. 1, c.p.c.; b) non arbitrabilità della controversia (cfr. ODORISIO E., *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 1609, il quale propende per la tesi della non arbitrabilità).

Nel vigente regime, inoltre, l'arbitrato è facoltativo nell'*an* ma obbligatorio nel *quomodo*, perché l'unica disciplina applicabile è quella di cui all'art. 209<sup>618</sup>: il terzo arbitro è in ogni caso *designato* e *nominato* dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici istituita presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione, alla quale spetta altresì il compito di *nominare* i due arbitri *designati* dalle parti. Si tratta di netto cambio di prospettiva rispetto al regime previgente, dove era offerta alle parti la possibilità di optare per un arbitrato *ad hoc* e di nominare non solo i rispettivi arbitri, ma di comune accordo anche il presidente del collegio, secondo il classico schema della c.d. clausola binaria, con devoluzione alla Camera arbitrale del potere di nomina del presidente solo ove l'accordo sulla designazione del terzo arbitro mancasse, nel qual caso l'arbitrato era amministrato dalla stessa Camera arbitrale<sup>619</sup>.

---

<sup>618</sup> Si è, cioè, in presenza di un arbitrato «da legge», il quale, a differenza dell'arbitrato obbligatorio, conserva il fondamento genetico della volontà compromissoria delle parti, espresso attraverso la possibilità riconosciuta all'aggiudicatario di declinare la competenza degli arbitri. Sul piano definitorio, l'arbitrato «da legge» si manifesta attraverso la riduzione dei «margini di manovra della autonomia compromissoria quanto alla organizzazione e allo svolgimento dell'arbitrato», e attraverso la deroga al diritto comune (art. 806 ss. c.p.c.) «vuoi quanto ad alcune sue regole cogenti, vuoi quanto alla elasticità ed ampiezza che quel diritto comune assegna alla libertà di scelta delle parti o in loro vece degli arbitri» (BRIGUGLIO A., *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 81 ss., spec. p. 92). La soluzione di optare per un modello siffatto poggia sul rilievo per cui l'arbitrato amministrato costituisce «lo strumento più efficace per la tutela degli interessi delle parti e, correlativamente, anche per la salvaguardia dell'interesse pubblico» (*Prospettive di riforma dell'arbitrato dei Contratti Pubblici (la proposta del Consiglio della Camera Arbitrale)*, cit., p. 636 s., dove si suggeriva chiaramente di «ridurre al minimo indispensabile il dualismo del Codice dei contratti pubblici, tendendo all'unificazione dei due modelli dell'arbitrato libero e dell'arbitrato amministrato, in modo da eliminare duplicazioni e complicazioni obiettivamente poco razionali»). In particolare, nella materia in esame la competenza della Camera arbitrale si esplica non solo nella nomina degli arbitri, ma anche: a) nella determinazione del compenso in favore degli arbitri; b) nella formazione e la tenuta dell'Albo degli arbitri per i contratti pubblici, dal quale verranno scelti i componenti dei diversi collegi arbitrali. Per una disamina di questi profili, v. ODORISIO E., *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 1611; MARONE F., *Favor arbitratu e arbitrato amministrato in materia di contratti pubblici*, cit., p. 15 ss.

<sup>619</sup> LOMBARDINI I., *L'arbitrato nel nuovo «Codice dei contratti pubblici» (D.Lgs. n. 50 del 2016)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 283 ss. e 713 ss., spec. p. 297; ID., *Il nuovo arbitrato nei contratti pubblici, obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale: rivoluzione copernicana o restaurazione?*, in *Riv. arb.*, 2016, p. 715 ss., spec. 717.

Tralasciando i problemi di natura costituzionale che potrebbe generare l'arbitrato «da legge» e la vulnerazione del potere di scelta del decidente<sup>620</sup> (problemi in parte connessi al valore perseguito

---

<sup>620</sup> Secondo un certo punto di vista non sarebbe facoltativo e, dunque, si esporrebbe a sospetti di incostituzionalità, un arbitrato in cui la nomina di uno o più membri del collegio arbitrale è sottratta alla scelta delle parti, in base alla premessa che il potere di nomina del decidente è coesistente alla natura dell'arbitrato (CANNADA BARTOLI E., *L'arbitrato nella legge 2 giugno 1995, n. 216 sui lavori pubblici*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 467). Un'eco di tale impostazione la si rinviene nella nota pronuncia del Consiglio di Stato 17 ottobre 2003, n. 6335 (in *Corr. giur.*, 2004, p. 517, con nota critica di VERDE G., *L'arbitrato nelle controversie in materia di opere pubbliche: un problema ancora in cerca di una soddisfacente soluzione*), con la quale si è ritenuto illegittimo l'art. 150, comma 3, d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554, che riservava in via esclusiva alla Camera arbitrale per i lavori pubblici il potere di nominare il terzo arbitro. La pronuncia si fonda sul rilievo che le regole dettate dal codice di rito in materia di arbitrato «assurgono a rango di veri e propri principi di carattere essenziale e strutturale», avendo la «funzione di garantire la libera espressione della volontà delle parti». La conclusione appare tautologica perché, a tacer d'altro, nella elaborazione giurisprudenziale della Consulta l'alternativa facoltatività/obbligatorietà è confinata al momento genetico della competenza arbitrale, mentre la disciplina delle peculiari modalità di svolgimento del procedimento e di costituzione del decidente si rileva essere una questione di stretto diritto positivo (salva la necessità di assicurare l'eguaglianza delle parti quanto alla nomina e alla composizione del giudice arbitrale, cfr. Corte cost., sentenza 8 giugno 2005, n. 221, *Riv. arb.*, 2005, p. 515, con nota di VERDE G., *La Corte costituzionale fa il punto su Costituzione e arbitrato*; RUFFINI G., *Volontà delle parti e arbitrato nelle controversie relative agli appalti pubblici*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 643 ss., spec. p. 653 ss.). Come evidenziato in dottrina, la circostanza che la Corte costituzionale abbia sempre colpito «l'arbitrato imposto quanto alla sua obbligatorietà, e non quanto all'aspetto della sua preorganizzazione normativa in deroga al diritto comune ex artt. 806 ss. c.p.c.» potrebbe indurre a ritenere che «abbia implicitamente e generalmente ritenuto la costituzionalità» dell'arbitrato facoltativo nell'*an* ma obbligatorio nel *quomodo* (le parole tra virgolette sono di BRIGUGLIO A., *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, cit., p. 95). Ne consegue che eventuali limiti di natura costituzionale alla previsione di restrizioni all'autonomia privata rispetto alla disciplina codicistica possono rinvenirsi: a) nella irragionevolezza della fonte autoritativa esterna, laddove riduce eccessivamente i margini di manovra compromissoria delle parti rispetto alle esigenze perseguite (BRIGUGLIO A., *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, cit., p. 94 ss.; VERDE G., *L'arbitrato nelle controversie in materia di opere pubbliche*, cit., p. 525; ID., *L'arbitrato in materia di opere pubbliche alla luce dell'art. 5, comma 16 sexies l. n. 80/2005*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 230; ODORISIO E., *Arbitrato rituale e «lavori pubblici»*, cit., 497); b) nel labile confine tra «giurisdizionalizzazione» dell'arbitrato attraverso un modulo standardizzato e creazione di un giudice speciale (BRIGUGLIO A., *op. ult. cit.*, p. 93; VERDE G., *L'arbitrato nelle controversie*, cit., p. 525, il quale afferma con acutezza «quando il legislatore interviene nel dettare le regole che circoscrivono in vario modo il potere delle parti di fare ricorso ad una giustizia arbitrale modellata

dall'art. 809 c.p.c.)<sup>621</sup>, è utile qui ricordare che quello in esame è un «modulo tecnico»<sup>622</sup> già sperimentato nel settore societario (ex art. 34, D.Lgs. n. 5 del 2003). A differenza di quanto accade in quest'ultimo caso, però, nel settore dei contratti pubblici il compito di nomina ad opera della Camera arbitrale attinge pur sempre dalla previa designazione delle parti dei rispettivi arbitri (art. 209, comma 4)<sup>623</sup>,

---

nel rispetto della loro autonomia [...], si rischia di disegnare un *tertium genus*, che, qualora il regolamento sia troppo invasivo, evoca il sospetto che si sia surrettiziamente creato un giudice speciale, che l'art. 102 Cost. vieta»). Su questo versante, si ricorderà che la Corte costituzionale ha affermato che la garanzia costituzionale dell'autonomia contrattuale non è incompatibile con la prefissazione di limiti a tutela di interessi generali (come le esigenze finanziarie dello Stato e degli enti locali), i quali potrebbero finanche giustificare l'esclusione *tout court* della tutela arbitrale (Corte cost., sentenza 15 gennaio 2003, n. 11, in *Giust. civ.*, 2004, p. 2909, nell'ambito della quale è stato ritenuto giustificato l'intervento del legislatore che aveva vietato gli arbitrati previsti da clausole compromissorie contenute nei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni per la realizzazione delle opere di ricostruzione dopo il terremoto in Campania del 1980; ma v. anche la recente sentenza 9 giugno 2015, n. 108, circa la ragionevolezza della limitazione introdotta dall'art. 1, comma 19, della legge n. 190 del 2012, sull'obbligo autorizzativo da parte dell'organo di governo dell'amministrazione, perché strumentale al controllo dei costi delle controversie). Se ne può dedurre che *a fortiori* dovrebbe ritenersi costituzionalmente possibile l'intervento del legislatore che fissi i criteri per la composizione del collegio arbitrale o che sottragga, in tutto o in parti, alle parti il potere di elezione degli arbitri.

<sup>621</sup> Considerando, cioè, questo valore nel monopolio delle parti nella nomina degli arbitri o, all'inverso, nella imparzialità del decidente, rispetto al quale il riconoscimento dell'autonomia è solo strumentale. Quest'ultima prospettiva consente di disancorare senza particolari problemi (di natura costituzionale) la scelta della via arbitrale dalla scelta degli arbitri, laddove una diversa soluzione si presti a garantire maggiormente l'imparzialità del giudice in considerazione delle peculiarità di una data materia. Cfr. VERDE G., *L'arbitrato nelle controversie in materia di opere pubbliche*, cit., p. 525.

<sup>622</sup> Secondo le parole di VERDE G., *L'arbitrato nelle controversie in materia di opere pubbliche*, cit., p. 525.

<sup>623</sup> L'ancoraggio del potere di nomina alla precedente designazione di parte pone il problema dei limiti entro i quali colui che ha il potere di nomina è vincolato alla precedente designazione. Si è evidenziato in dottrina che la Camera arbitrale, nel procedere alla nomina, non può che uniformarsi all'indicazione della parte, potendo rifiutare la nomina solo laddove la designazione non abbia rispettato le regole sulla scelta degli arbitri previste dalla legge (ODORISIO E., *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 1613 s., il quale individua quali ipotesi esemplificative quelle della designazione di un soggetto incapace ex art. 812 c.p.c. o di un soggetto che ai sensi dell'art. 209, comma 6, non può essere nominato arbitro). L'opzione sembra confermata dalla proposta del Consiglio della Camera arbitrale (*Prospettive di riforma dell'arbitrato dei Contratti Pubblici*, cit., p. 638), dove viene contemplato

soluzione – questa – meno rigida e invasiva rispetto a quella adoperata nel societario<sup>624</sup>. Diversa, inoltre, è la *ratio* dei due modelli: offrire una risposta tecnica all'arbitrato c.d. multi-parti, nel settore societario (il quale, a tacer d'altro, esibisce diverse ipotesi di litisconsorzio unitario)<sup>625</sup>, garantire l'integrità della decisione e l'immunità del decidente da possibili contaminazioni inquinanti, nell'arbitrato relativo ai contratti pubblici<sup>626</sup>.

Infine, varianti rispetto alla disciplina dell'arbitrato di diritto comune continuano a sussistere in relazione al regime del lodo: restando fedele alla scelta compiuta dal D.Lgs. 53/2010, il nuovo art. 209, comma 14, permette l'impugnazione del lodo sia per i motivi di nullità di cui all'art. 829, comma 1, c.p.c., sia per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. La disposizione ricalca il previgente comma 15 *bis* dell'art. 241, con un significativo mutamento quanto al suo spettro applicativo, oggi applicabile non solo alle controversie insorte durante l'esecuzione dei contratti, ma anche ai lodi emessi a definizione delle controversie inerenti o comunque connesse ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture<sup>627</sup>.

---

il potere di conferma delle nomine degli arbitri di parte al fine di verificare «in concreto e all'attualità [la] capacità di un soggetto di ricoprire il ruolo». Innanzi al rifiuto di nomina della originaria designazione di parte, la Camera arbitrale non avrebbe il potere di procedere ad una autonoma nomina, avendo la parte il potere di provvedere alla designazione di un nuovo arbitro (attraverso un meccanismo analogo al caso dell'istituzione arbitrale alla quale spetta il potere di confermare l'arbitro designato dalla parte; cfr. COLESANTI V., *Volontà delle parti e regolamenti arbitrali (con particolare riguardo a quello della Camera arbitrale di Milano)*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 245 ss.).

<sup>624</sup> Dove l'art. 34, comma 2, prevede a pena di nullità della clausola compromissoria statutaria, che questa preveda «in ogni caso» il potere di nomina di tutti gli arbitri a un «soggetto estraneo alla società».

<sup>625</sup> AULETTA F., *Dell'arbitrato*, cit., p. 345 ss.; LUISO F. P., *Appunti sull'arbitrato societario*, cit., p. 714 ss.; RUFFINI G., *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, cit., p. 518 ss.; *contra*, almeno in relazione alla tecnica adoperata dal legislatore, CARPI F., *Profili dell'arbitrato in materia di società*, cit., p. 422; CONSOLO C., *Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistematici e penombre*, in *Corr. giur.*, 202, p. 1544.

<sup>626</sup> *Prospettive di riforma dell'arbitrato dei Contratti Pubblici (la proposta del Consiglio della Camera Arbitrale)*, cit., p. 637 ss.; VERDE G., *L'arbitrato nelle controversie in materia di opere pubbliche*, cit., p. 524, sia pure in relazione alla legge 18 novembre 1998, n. 415.

<sup>627</sup> Invero, il previgente art. 241 trovava applicazione solo con riguardo alle «controversie su diritti soggettivi derivanti dalla esecuzione dei contratti pubblici», risultando escluse le controversie concernenti la materia dei contratti pubblici ma non insorte nella esecuzione dei già menzionati contratti, come ad esempio le

La ragione per la quale nella materia *de qua* si è dato ingresso al sindacato per violazione di regole di diritto sostanziale è di intuitiva evidenza: il rimedio impugnatorio è complementare alla garanzia del controllo *ex post* circa l'osservanza dei principi che governano l'attività amministrativa, ancorché svolta in condizione paritaria (primo tra tutti il principio di legalità)<sup>628</sup>, i quali con non poche difficoltà potrebbero essere *de plano* collocati nel perimetro dell'ordine pubblico.

Per questa ragione è difficile aderire con tranquillità alla tesi, sposata dalla maggior parte degli interpreti, circa la rinunciabilità di questo motivo di impugnazione<sup>629</sup>. Vero è che nel caso in esame il legislatore non si è avvalso di locuzioni quali «in ogni caso», «nonostante qualunque preventiva rinuncia», impiegate invece nei commi 3 e 4 dell'art. 829 c.p.c., ma è anche vero che siffatto argomento *a contrario* prova troppo e, anzi, potrebbe essere smentito da una adeguata valorizzazione della *ratio* sottesa all'ampliamento delle possibilità di sindacato della decisione, volta a modellare i profili tecnici dell'arbitrato alle peculiarità della materia dei contratti pubblici e agli interessi pubblici in gioco. Peraltro, la circostanza che l'art. 829, comma 3, c.p.c. contempra l'accordo delle parti solo laddove sia funzionale a consentire la sindacabilità di un lodo altrimenti non

---

controversie finalizzate all'accertamento della responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Senonché, l'art. 48 del d.l. n. 83/2012, convertito con la legge n. 134/2012, ha esteso lo spettro applicativo di tale regolamentazione, onde ricomprendervi le controversie inerenti o comunque connesse alla materia *de qua*, per le quali si impongono garanzie non minori di quelle richieste in relazione alle controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici, anche in considerazione dei rilevanti oneri finanziari che potrebbero derivare per l'amministrazione. In dottrina, D'ANGIOLELLA R., *La nuova disciplina dell'arbitrato e degli altri strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie in materia di contratti pubblici: luci e ombre*, in *Riv. arb.*, 2018, p. 345 ss., spec. p. 378 ss.; LOMBARDINI I., *L'arbitrato nel nuovo «Codice dei contratti pubblici» (D.Lgs. n. 50 del 2016)*, cit., spec. p. 724 ss.

<sup>628</sup> Conf. LOMBARDINI I., *L'arbitrato nel nuovo «Codice dei contratti pubblici» (D.Lgs. n. 50 del 2016)*, cit., p. 725 s. Una diversa *ratio* è indicata da D'ANGIOLELLA R., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 379 s., secondo cui «l'ampliamento dell'ambito applicativo del regime delle impugnazioni permette alla Corte d'appello un controllo più approfondito sull'operato degli arbitri in sede di applicazione delle norme di diritto sì da prevenire, in tal modo, episodi di corruzione nello svolgimento degli appalti che ancora «sfuggono» alla giustizia arbitrale».

<sup>629</sup> ODORISIO E., *Arbitrato rituale e «lavori pubblici»*, cit., p. 640; LOMBARDINI I., *L'arbitrato nel nuovo «Codice dei contratti pubblici» (D.Lgs. n. 50 del 2016)*, cit., p. 727.

impugnabile, potrebbe consegnare all'interprete un valido argomento di diritto positivo per escludere la rinunciabilità del motivo di impugnazione in questione<sup>630</sup>.

3.8.4 *La riforma dell'arbitrato del 2006: verso il progressivo allontanamento dell'arbitrato dai limiti previsti dall'ordinamento in ordine all'autonomia privata. La rilevanza e la consistenza del concetto di indisponibilità nel dibattito sulla compromettibilità in arbitri.*

La terza ed ultima parentesi riguarda l'arbitrato di diritto comune.

La legge delega n. 80/2005, nel prevedere, all'art. 1, comma 3, lett. b), le linee programmatiche sulla riforma dell'arbitrato, ha stabilito che dovesse essere contemplata «la disponibilità dell'oggetto come unico e sufficiente presupposto dell'arbitrato, salva diversa disposizione di legge».

Rispondendo pienamente all'invito, il legislatore delegato, con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, ha superato il novero dei limiti alla compromettibilità previsti nel precedente testo dell'art. 806 c.p.c., elevando ad argine unico e generale l'indisponibilità dei diritti<sup>631</sup>, salvo diversa previsione di legge.

Scompare, così, ogni richiamo alla disciplina della transazione<sup>632</sup> e con essa della rilevanza, nel dibattito sull'arbitrabilità, dei limiti posti dalla legge all'autonomia contrattuale.

Si può condividere, in proposito, l'osservazione di chi ha felicemente avvertito che il superamento della definizione *per relationem* del campo dell'arbitrabilità, in favore di un riferimento *diretto* al criterio della (in)disponibilità è indice della volontà del legislatore di tenere distinti gli ambiti di applicazione, rispettivamente, della transazione e

---

<sup>630</sup> È questa la posizione di ZUCCONI GALLI FONSECA E., *L'arbitrato nei contratti pubblici (a proposito di una recente monografia)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 601.

<sup>631</sup> BERLINGUER A., *Indisponibilità dei diritti e cognizione arbitrale*, in ALPA G. – VIGORITI V. (a cura di), *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e processuale*, Torino, 2013, p. 342 ss., spec. 344.

<sup>632</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Commento all'art. 806*, in AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario agli artt. 806 – 840 c.p.c. Aggiornato alla legge 18 giugno 2009, n. 69*, a cura di MENCHINI S., Padova, 2011, p. 1 ss., spec. p. 5.

dell'arbitrato, in considerazione della diversa struttura e funzione delle due figure<sup>633</sup>.

A questa innovazione consegue il risultato applicativo immediato di poter traslare alla materia arbitrale i limiti che la legge predispone per la risoluzione transattiva della controversia – primo tra tutti il limite derivante dall'applicazione di norme imperative – soltanto se espressamente richiamati<sup>634</sup>.

Ed invero, la garanzia della corretta applicazione della norma inderogabile può ben transitare (non già nel divieto *tout court* dell'arbitrato bensì) nella deducibilità dell'errore in fase di impugnazione del lodo.

Nella prospettiva *de qua* emblematico è l'esplicito riferimento all'arbitrato nelle controversie di lavoro, sottoposto a due specifiche condizioni di legittimità, in relazione di alternatività, vale a dire che lo strumento arbitrale sia previsto *ex ante* dalla legge ovvero dai contratti o accordi collettivi di lavoro (art. 806, comma 2)<sup>635</sup>.

Il combinato disposto dei due commi dell'art. 806 induce a superare ogni dubbio circa l'arbitrabilità delle controversie di lavoro senza alcuna distinzione in relazione alle diverse *species* di convenzione arbitrale<sup>636</sup>, benché si tratti di una materia connotata dalla

---

<sup>633</sup> Come ben messo in evidenza da BERLINGUER A., *La compromettibilità in arbitri*, vol. I, *La nozione di compromettibilità*, cit., *passim*.

<sup>634</sup> BARLETTA A., *La «disponibilità» dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 983. Più concretamente, l'innovazione consente di superare la tesi della non compromettibilità delle controversie aventi ad oggetto la nullità per *illiceità* del contratto, la quale – benché legata alla discutibile equiparazione tra disposizione e accertamento – nel quadro normativo precedente alla novella era pur sempre fondato su solidi argomenti di diritto positivo, legati al coordinamento tra l'art. 806 *ante* riforma e l'art. 1972, comma 1, c.c. circa il divieto di transazione su titolo illecito.

<sup>635</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA E., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. arb.*, 2008, p. 464.

<sup>636</sup> È noto, in proposito, che l'art. 806 c.p.c. precedente alla novella del 2006, escludeva la materia del lavoro dal perimetro di compromettibilità laddove la scelta dello strumento arbitrale fosse effettuata con il compromesso; all'inverso, l'art. 808, dedicato alla clausola compromissoria, contemplava la deferibilità ad arbitri solo se previsto nei contratti e accordi collettivi di lavoro e purché ciò avvenisse «senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria». Inoltre, la disposizione sanciva la nullità della clausola compromissoria «contenuta in contratti o accordi collettivi o in contratti individuali di lavoro» nella misura in cui autorizzava gli arbitri a decidere la controversia secondo equità o dichiarava il lodo non impugnabile. La riforma di cui al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, ha unificato le due specie – compromesso e clausola compromissoria – in un unico *genus*, con



presenza di normativa ad alto grado di inderogabilità/imperatività<sup>637</sup>. Quest'ultima circostanza incide, però, sul regime del lodo, posta la prescrizione della sindacabilità del *dictum* arbitrale per violazione di legge e dei contratti e accordi collettivi (art. 829, commi 4 e 5, c.p.c.), sebbene l'art. 829, comma 3, vada nella direzione opposta, ossia escludere in termini generali l'impugnabilità del lodo per *errores in iudicando*, ad eccezione dei casi in cui detti errori integrino una violazione dell'ordine pubblico.

Si ripropone così quel «modulo tecnico» qualche anno prima sperimentato nel settore societario (par. 3.8.2) e successivamente riproposto nell'arbitrato in materia di contratti pubblici (par. 3.8.3), che rinviene nella norma imperativa non un limite alla tutela arbitrale, bensì il motivo di temperamento del principio della insindacabilità del giudizio di diritto compiuto dagli arbitri.

Torneremo più innanzi sull'arbitrato in materia di lavoro, perché esso assume un significato fondamentale nella disamina del *giudizio arbitrale* e della *tecnica processuale* laddove vengano in rilievo norme inderogabile, soprattutto se analizzato nella prospettiva del peculiare modello di arbitrato irrituale disegnato dagli artt. 412 e 412 *quater* del codice di rito.

Residue esigenze di completezza suggeriscono, infine, di meglio chiarire la consistenza del concetto di indisponibilità e, dunque, l'ambito oggettivo di arbitrabilità secondo l'attuale diritto positivo. Invero, oggi l'art. 806 c.p.c., nel somministrare un criterio di negativa individuazione delle posizioni soggettive non suscettibili di arbitrato<sup>638</sup>, mentre risolve un quesito, altri ne crea; in particolare, sposta in avanti il problema della esatta ricostruzione della linea separatrice tra materie disponibili e materie indisponibili.

Il tema è strettamente connesso a quello dell'arbitrabilità delle materie sottratte alla disponibilità delle parti, perché ove si condivida una nozione ristretta di indisponibilità, si consegue un risultato pratico prossimo a quello a cui si perverrebbe ove si svincolasse totalmente l'arbitrabilità dalla disponibilità del diritto<sup>639</sup>.

---

conseguente unificazione dei requisiti oggettivi, soggettivi e di forma (ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Commento all'art. 806 c.p.c.*, cit., p. 2).

<sup>637</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA E., *op. ult. cit.*, p. 22.

<sup>638</sup> AULETTA F., *Oggetti nuovi di arbitrato? Prime note sopra un emergente «diritto processuale privato»*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 35 ss.

<sup>639</sup> La prospettiva dell'arbitrato su controversie con oggetto non disponibile era stata contemplata dall'art. 12, comma 3, della legge di delega 3 ottobre 2001, n. 366,

---

laddove – per superare le incerte coordinate giurisprudenziali impiegate per distinguere tra controversie societarie conoscibili dagli arbitri e non – veniva offerta al legislatore delegato la possibilità, «audace ma seducente» (CONSOLO C., *Sul «campo» dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 251), di prevedere clausole compromissorie statutarie «anche in deroga agli artt. 806 e 808 del codice di procedura civile». Prospettiva la quale sarebbe divenuta reale almeno per quanti ritengono che l'indisponibilità, nell'arbitrato originato da clausola compromissoria statutaria, costituirebbe un limite solo in relazione alle «controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società» (ex art. 34, comma 1, c.p.c.; la tesi è sostenuta da RICCI E. F., *Il nuovo arbitrato societario*, cit., p. 517 ss.), o in ordine a quelle per le quali è previsto l'intervento obbligatorio del pubblico ministero (tesi sostenuta, sia pure con rammarico, da FAZZALARI E., *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., p. 444). Tutti ricordano le discussioni cui l'ammissibilità dell'arbitrato nelle materie indisponibili ha dato luogo nell'esperienza dottrinale (ed in parte legale al complesso tema della natura giuridica dell'arbitrato), discussioni che la menzionata legge delega contribuiva a riaccendere. A tal proposito si è già da tempo avvertito in dottrina che l'ambito di applicazione oggettivo dell'arbitrato non può prescindere dal fondamento negoziale dell'istituto, che costituisce la condizione di ammissibilità dell'arbitrato nel quadro costituzionale della giurisdizione. Si afferma, invero, che l'autonomia delle parti opera al tempo stesso «quale condizione necessaria per il legittimo esercizio del potere dell'arbitro» e quale «fonte attributiva di tale potere», sicché il medesimo non potrebbe esercitarsi relativamente ad un rapporto sottratto alla disponibilità delle parti (RUFFINI G., *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, cit., p. 508; ID., *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, cit., p. 149). Prescindendo dal terreno negoziale dal quale l'istituto trae origine, gli arbitri non sarebbero più tali ma giudici speciali eletti dalle parti (se non addirittura giudici straordinari, perché costituiti successivamente al sorgere della lite), dunque costituzionalmente vietati (ex art. 102 Cost.). Cfr. RUFFINI G., *Arbitrato e disponibilità dei diritti*, cit., p. 149; AULETTA F., *Dell'arbitrato*, cit., p. 331. La tesi si espone, però, all'obiezione di chi ha rilevato che è la legge ad attribuire «autorità istituzionale alla figura degli arbitri», ossia a consentire ai medesimi di sostituirsi ai giudici togati nell'esercizio della *funzione* giurisdizionale, mentre il patto compromissorio rappresenterebbe solo l'occasione per «innescare» tali poteri «di fonte eminentemente normativa» (le parole tra virgolette sono di CONSOLO C., *Sul «campo» dissodato della compromettibilità in arbitri*, cit., p. 253; in una prospettiva ancora più radicale, RICCI E. F., *Il nuovo arbitrato societario*, cit., p. 533 ss., perché omette di considerare la *quaestio* della fonte dell'autorità e del potere decisorio degli arbitri). Entrambi gli A. appena menzionati assumono come modello l'esperienza tedesca dove, con la riforma in vigore dal 1° gennaio 1998, l'arbitrato è ammesso per regola generale anche nelle materie sottratte alla disponibilità delle parti, purché la controversia abbia ad oggetto diritti patrimoniali. In una prospettiva in parte assimilabile, BERLINGUER A., *La compromettibilità in arbitri*, vol. I, *La nozione di compromettibilità*, cit., p. 125, dove il motivo di fondo di tutto il lavoro è costituito dalla inadeguatezza del concetto di indisponibilità nella misurazione del perimetro della compromettibilità in arbitri. Esemplicative, a tal proposito, le affermazioni che qui si riportano: «sebbene all'arbitrato sia oggi riconosciuta natura

In questa sede è sufficiente rilevare che in dottrina si è tentato di dedurre dalla funzione accertativa dell'istituto arbitrale un autonomo concetto di indisponibilità, «di contenuto diverso rispetto a quello che ostacola altre forme di autonomia negoziale»<sup>640</sup>.

Così, per sommi capi, possono essere individuate due proposte ricostruttive. Secondo un primo punto di vista, l'accesso alla tutela arbitrale è precluso solo in presenza di diritti intrasmissibili e irrinunciabili in termini assoluti, mentre la relativa indisponibilità sul piano sostanziale (*rectius*, la limitata disponibilità) equivarrebbe a piena compromettibilità<sup>641</sup>. Secondo altro punto di vista, per certi versi speculare al primo, il perimetro di arbitrabilità dovrebbe essere ricostruito utilizzando quale riferimento un concetto di disponibilità ancorato esclusivamente al piano della tutela, così riconoscendo la compromettibilità delle controversie per le quali le parti hanno la disponibilità dell'azione, anche se manca la disponibilità negoziale dei diritti sottostanti<sup>642</sup>.

---

eminentemente decisoria e risolutiva, l'impostazione ordinamentale continua a misurare i limiti operativi dell'istituto sulla sua natura dogmatica – quella appunto contrattuale –, piuttosto che sull'effettiva consistenza del fenomeno arbitrale, sui suoi profili funzionali, sulla portata degli effetti che esso produce» e «difficoltà emergono sul piano operativo, posto che la prospettiva sostanziale nella quale si muovono i confini predisposti dall'ordinamento all'autonomia contrattuale mal si attaglia ad un istituto di contorni processuali».

<sup>640</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA E., *op. ult. cit.*, p. 10.

<sup>641</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA E., *op. ult. cit.*, p. 7; ID., *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 471. Per tale via si giunge a delineare un concetto di indisponibilità *autonomo, relativo e flessibile*, che muta in regime di contestualità temporale a seconda del settore giuridico in cui viene in rilievo (ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Commento all'art. 806 c.p.c.*, cit., p. 9 s.). Così, un certo diritto può essere indisponibile ai fini delle reciproche concessioni realizzate dalla transazione, ma disponibile ai fini dell'accertamento realizzato da un soggetto imparziale, pur se privato, con determinate garanzie di controllo del rispetto delle norme di ordine pubblico. Sul punto si rinvia, per una visione parzialmente diversa e più radicale, anche a BERLINGUER A., *La compromettibilità in arbitri*, vol. I, *La nozione di compromettibilità*, cit., p. 124 ss.; ID., *Indisponibilità dei diritti e cognizione arbitrale*, in ALPA G. – VIGORITI V. (a cura di), *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e processuale*, Torino, 2013, p. 359 ss., dove si auspica una interpretazione autonoma del concetto di indisponibilità dei diritti come limite all'utilizzo di taluni istituti processuali.

<sup>642</sup> CHIARLONI S., *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, cit., p. 131; VERDE G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2013, p. 5, secondo cui l'art. 806 c.p.c. poggia sulla errata premessa secondo cui l'indisponibilità del diritto include anche l'indisponibilità del mezzo di tutela;

Entrambe le tesi consentono di estendere il campo della compromettibilità ai settori nei quali l'autonomia dei privati è vincolata al rispetto di norme imperative o di ordine pubblico (cfr. par. 3.6), perché l'arbitrato non è attività volitiva, ma accertativa e attuativa del diritto<sup>643</sup>. Esse, dunque, appaiono suggestive sia per le premesse sia per le ragioni ispiratrici, benché la seconda si lasci agevolmente apprezzare anche perché consente di evitare le incertezze derivanti dalla variabilità del concetto di indisponibilità secondo la prima prospettiva, la quale implica logicamente una valutazione caso per caso e con esiti con sempre prevedibili.

*3.8.5 Profili di «tecnica arbitrale» nelle materie che sottendono norme inderogabili (anche dell'Unione), ovvero la necessaria congiunzione tra arbitrato e giurisdizione attraverso l'impugnazione per nullità.*

Per concludere, il riferimento all'indisponibilità quale unico limite ex art. 806 c.p.c. dovrebbe indurre il diritto vivente a ripensare i limiti alla compromettibilità fondati su «un'affrettata equiparazione»<sup>644</sup> tra inderogabilità della normativa ed indisponibilità del diritto, limiti i quali in diversi settori – primo tra tutti quello societario (cfr. par. 3.8.2) – hanno prodotto una eccessiva delimitazione dell'area delle controversie non compromettibili.

Le innovazioni in punto di diritto positivo delle quali si è parlato fino ad ora recepiscono i rilievi manifestati dalla cultura processualista più sensibile, secondo cui l'esigenza dell'applicazione della normativa inderogabile può essere affrontata e risolta su un piano diverso dalla alternativa secca arbitrabilità/non arbitrabilità, vale a dire attraverso la sindacabilità del lodo per violazione di norme di diritto, onde garantire

---

premessa, come si è detto, errata perché il titolare del diritto «quasi sempre continua ad avere il monopolio della tutela delle situazioni indisponibili, essendo poche ed eccezionali le ipotesi in cui la legittimazione concorre con quella di un altro soggetto (di solito, il pubblico ministero) e, quindi, quasi sempre può decidere di non tutelare la situazione o di lasciar cadere l'azione promossa», sicché «pare eccessiva e non spiegabile razionalmente l'opinione per la quale chi può decidere di non tutelare il suo diritto, non può, invece, decidere di tutelarlo non facendo ricorso al giudice statale».

<sup>643</sup> Sulla distinzione tra attività volitiva e attività accertativa, quest'ultima sia pure in relazione alla sentenza, v. SANTORO-PASSARELLI F., *La transazione*, cit., p. 28.

<sup>644</sup> RUFFINI G., *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 495 ss., spec. 500.

un successivo sindacato in termini di compatibilità del *dictum* arbitrale con l'ordinamento. Ed invero, altro è il limite alla compromettibilità in arbitri, altro il limite al giudizio sopra diritti disponibili, «dal momento che l'inderogabilità di una norma non immuta il diritto bensì l'eventuale *giudizio* sopra di esso»<sup>645</sup>.

Dunque, anche innanzi alla regola della tendenziale insindacabilità in punto di diritto della decisione arbitrale *ex art.* 829, comma 3, c.p.c., in diversi settori dell'ordinamento connotati dalla presenza di una normativa ad elevato raggio di imperatività, la impugnabilità del lodo per *errores iuris in iudicando* continua a costituire la necessaria contropartita rispetto alla riconosciuta arbitrabilità (cfr. paragrafi 3.8.2, 3.8.3 e 3.8.4).

È in questa prospettiva che va risolto il tema della tutela arbitrale in relazione alle controversie regolate dal diritto dell'Unione.

Qui si ripropone la problematica della tecnica arbitrale innanzi a disposizioni connotate da un alto tasso di inderogabilità, la cui natura va *a fortiori* affermata in relazione al diritto dell'Unione, se non altro perché il rispetto di quell'ordinamento si impone anche in via di contrazione della legislazione ordinaria e costituzionale – sia pure entro i confini del c.d. controlimiti – interna, fungendo dunque da limite non solo all'autonomia privata, ma anche alla discrezionalità del legislatore nazionale. Ma non solo. L'apertura all'errore di diritto nella fase di impugnazione sembrerebbe essere la soluzione più armonica rispetto alla giurisprudenza della Corte lussemburghese relativa all'architettura giurisdizionale dell'Unione (cfr. cap. 2): lì, infatti, l'idea della piena fungibilità dei risultati conseguiti dalla pronuncia degli arbitri rispetto a quella conseguibile tramite la decisione dell'autorità giurisdizionale è ben lontana dall'essere accolta. Infine, la via solutoria qui proposta consente di ancorare la tutela arbitrale alla giurisdizione statale (*rectius*, offre sufficienti margini per imputare, sia pure *ex post*, la decisione arbitrale allo Stato membro), contribuendo a rendere la disciplina positiva in materia di arbitrato coerente e conforme ai meccanismi di correzione delle violazioni del diritto dell'Unione (cfr. capitolo 2, spec. par. 2.7).

In questo complessivo quadro occorre allora verificare se sia possibile rinvenire anche per l'arbitrato di diritto comune, e già *de iure condito*, adeguati margini di sindacabilità della decisione arbitrale al di fuori della ristretta nozione di ordine pubblico, ossia per violazione e falsa applicazione della normativa dell'Unione.

---

<sup>645</sup> AULETTA F., *op. ult. cit.*, p. 331.

### 3.9 L'apertura nella sede impugnatoria al vizio dell'errore di diritto (dell'Unione): prospettive *de iure condito*. In particolare, i connotati strutturali del giudizio di equità degli arbitri e le logiche ricadute sul tema dei margini di sindacato del lodo di equità e (a più forte ragione) di diritto.

#### 3.9.1 Il dibattito sui limiti del giudizio equitativo nella giustizia minore e il connubio (costituzionalmente necessario) tra «equità» e «principi regolatori».

È chiaro che l'opzione della sindacabilità del *dictum* arbitrale per errore di diritto dell'Unione deve fare i conti con il regime impugnatorio del lodo comune *post* d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, il cui art. 24 ha invertito il valore del silenzio delle parti, oggi non più valevole come ammissivo della sindacabilità per *errores iuris in iudicando*<sup>646</sup>.

Orbene, per soddisfare l'esigenza di sindacabilità del lodo per violazione o falsa applicazione di disposizioni dell'Unione, rispettando al contempo il dato positivo appena indicato, vi è una possibile strada, già *de iure condito*. La medesima verrà tracciata focalizzando l'analisi dapprima su alcuni rilievi di ordine sistematico, per poi porre l'accento sui dati esegetici ricavabili dall'art. 829, comma 3, c.p.c.

Il punto di partenza del ragionamento è rappresentato dalla pronuncia secondo equità.

Si ricorderà che il dibattito interpretativo attorno ai connotati strutturali e ai limiti del giudizio equitativo è sfociato, anche grazie all'intervento della Consulta, nella definitiva sindacabilità dell'equità necessaria, secondo uno stretto principio di legalità<sup>647</sup>.

---

<sup>646</sup> CAPASSO V., *Di overrulings invocati a sproposito e di effetti collaterali del mai debellato sindacato diffuso di costituzionalità*, nota a Cass., sez. un., sentenza 12 febbraio 2019, n. 4135, in *Foro it.*, 2019, I, c. 1623 ss. L'originaria disciplina dell'art. 829, comma 2, c.p.c., resistito a tutte le novelle dell'arbitrato precedenti al 2006, contemplava in linea generale la possibilità di dare ingresso all'errore di diritto nella fase di impugnazione del lodo, ad eccezione dei casi in cui le parti avessero espressamente escluso la sindacabilità del lodo per *errores in iudicando*, o avessero contemplato un arbitrato di equità. Oggi il rapporto regola/eccezione è invertito: in base al nuovo comma 3 dell'art. 829 quel sindacato è possibile solo se previsto dalle parti o dalla legge.

<sup>647</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Commento all'art. 806*, in AA. VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 30. Sia qui consentita una sintetica ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale rilevante in relazione al tema della pronuncia

Riducendo di molto l'analisi, che potrebbe essere assai complessa, si può rilevare che la menzionata discussione affondava le sue radici dapprima nell'art. 3 della legge 30 giugno 1984, n. 399, che –

---

secondo equità necessaria. A tal proposito va ricordato, in primo luogo, che l'art. 113, comma 2°, c.p.c., come sostituito dall'art. 3 l. 30 luglio 1984, n. 399, prevedeva che il conciliatore decidesse secondo equità le cause di sua competenza «osservando i principi regolatori della materia» (sull'argomento, MONTESANO L., *Sui «principi regolatori della materia» nel giudizio d'equità*, in *Foro it.*, 1985, IV, c. 21; CERINO CANOVA A., *Principio di legalità e giudizio di equità*, in *ivi*, c. 25; CIPRIANI F., *Il giudizio di equità necessario*, in *ivi*, c. 34; MARTINO R., *Il giudizio d'equità del conciliatore e il suo controllo da parte della Corte di cassazione*, in *Giust. civ.*, 1991, 193; MONNINI M., *Il giudizio d'equità del conciliatore all'esame delle sezioni unite: una volta per tutte si materializza l'«Araba fenice» della c.d. giustizia minore?*, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2718; VACCARELLA R., *Il difensore e il giudizio di equità*, in *Giust. civ.*, 1992, p. 465). Successivamente, la legge n. 374 del 1991, nell'istituire il giudice di pace, con riguardo alle cause di minor valore economico eliminava l'obbligo di osservare i principi regolatori della materia (sul punto, MARTINO R., *L'equità del giudice di pace*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 122; RICCI E.F., *Note sul giudizio di equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 384). Sicché, il giudice della nomofilachia aveva individuato alcuni limiti interni al giudizio di equità necessario, osservando che sarebbe venuto meno l'obbligo di rispetto dei principi regolatori della materia e dei principi generali dell'ordinamento, fermo restando l'osservanza delle norme costituzionali nonché di quelle comunitarie, prevalenti su quelle ordinarie (Cass., sez. un., 15 ottobre 1999, n. 716, in *Rass. giur. ENEL*, 1999, p. 910, con nota di PICARDI N., *Impugnabilità in cassazione delle sentenze del giudice di pace con riguardo alle c.d. quote di prezzo (stralcio della memoria per l'udienza di discussione della causa)*; in *Giust. civ.*, 1999, p. 3243, con nota di MARTINO R., *Il giudizio di equità necessario secondo le Sezioni unite: profili di illegittimità costituzionale*). In altri termini, in applicazione del principio di gerarchia delle fonti restava obbligatoria anche per il giudice di equità l'osservanza delle norme costituzionali e delle norme comunitarie, sindacabile per Cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. In questo contesto la Consulta, con la sentenza 6 luglio 2004, n. 206 (in *Giust. civ.*, 2004, p. 2537, con nota di GIORDANO R., *Giudice di pace e giudizio di equità necessario: un effettivo ritorno al passato?*; in *Giur. cost.*, 2004, p. 2243, con nota di GUASTINI R., *Equità e legalità*; in *Cons. Stato*, 2004, II, p. 1368), aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 113, comma 2°, c.p.c., «per contrasto con gli artt. 24 e 101 cost., nella parte in cui non prevede che il giudice di pace – nel decidere secondo equità le cause il cui valore non eccede euro 1100, salvo quelle derivanti da rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità di cui all'art. 1342 c.c. – debba osservare i principi informativi della materia». Il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 ha modificato l'ultimo comma dell'art. 339, che prevedeva l'inappellabilità delle sentenze pronunciate dal giudice di pace secondo equità, affermando che esse sono appellabili per specifici motivi, vale a dire per violazione delle norme sul procedimento, per violazione di norme costituzionali e comunitarie e per violazione dei principi regolatori della materia. Per una più ampia disamina dell'argomento, VERDE G., *Contro l'equità necessaria del giudice di pace*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 745.

modificando l'art. 113, comma 2, c.p.c. – obbligava il conciliatore a decidere secondo equità osservando i «principi regolatori della materia» e, successivamente, nella legge 21 novembre 1991, n. 374, istitutiva del giudice di pace, la quale, nel prescrivere la decisione secondo equità delle cause di valore non superiore a due milioni, aveva soppresso il riferimento a quei limiti normativi fino ad allora individuati per il conciliatore.

L'innovazione legislativa, per la verità, sembrava aver influenzato soprattutto il dibattito giurisprudenziale<sup>648</sup>, perché se vi era un punto di convergenza nelle diverse opzioni dottrinali, era che la struttura e i limiti del giudizio di equità potessero desumersi già da dati sistematici, senza necessità di una espressa previsione legislativa che imponesse l'osservanza di principi preesistenti alla singola decisione.

---

<sup>648</sup> Invero, all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 21 della legge 21 novembre 1991, n. 374, si era registrato un contrasto in giurisprudenza circa la questione dei limiti entro i quali è ammissibile il ricorso per Cassazione avverso le sentenze del giudice di pace pronunciate secondo equità necessaria. Secondo un primo indirizzo, nonostante la soppressione del riferimento ai «principi regolatori della materia», l'osservanza dei medesimi si imporrebbe negli stessi termini anche per il giudice di pace (Cass., sez. unite, sentenza 30 ottobre 1998, n. 10904, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 713 ss., con nota di FINOCCHIARO M., *Ancora sull'impugnazione delle sentenze del giudice di pace pronunciate secondo equità e sull'obbligo di motivazione delle Sezioni unite della Cassazione in materia di contrasti di giurisprudenza*). All'estremo opposto si colloca l'indirizzo che, facendo leva sul rinnovato art. 113, comma 2, c.p.c., qualifica il giudizio equitativo del giudice di pace in termini di «equità sostitutiva», con conseguente insindacabilità della pronuncia *ex art.* 360, n. 3, c.p.c. (Cass., sentenza 11 giugno 1998, n. 5794, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3127). In posizione intermedia si colloca l'orientamento secondo cui anche in mancanza di ogni formale indicazione ai «principi regolatori», il giudizio di equità si risolve nella attenuazione motivata e consapevole delle norme di diritto previamente individuate, in ragione delle condizioni sociali, economiche ed istituzionali nelle quali si collocano gli interessi contrapposti. Sicché, si afferma, la Cassazione può sindacare le norme di diritto astrattamente ritenute applicabili, mentre la successiva operazione di temperamento non potrebbe essere sottoposta ad alcun controllo di esaustività, logicità e completezza (Cass., sentenza 2 aprile 1998, n. 3397, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 3031; Cass., sentenza 24 agosto 1998, n. 8397, in *ivi*, 1998, p. 3030). In questo contesto si inserisce l'intervento delle Sezioni unite, le quali, con la sentenza 15 ottobre 1999, n. 716, cit., hanno stabilito che in ragione della soppressione del riferimento ai «principi regolatori della materia», il giudice di pace deve fare applicazione della «equità o sostitutiva», fondata su un giudizio di tipo intuitivo e non sillogistico. Sicché, il ricorso per Cassazione è ammesso solo per *errores in procedendo* mentre la censura di violazione di legge è limitata alla violazione di norme costituzionali e comunitarie, perché di rango superiore alla norma ordinaria.



Salvo, però, intendersi sul significato e sulla portata di quei principi/parametro: secondo alcuni, trattasi di norme eterogenee che il giudice rintraccia nella «coscienza sociale»<sup>649</sup>; secondo altri, invece, tali sarebbero i principi giuridici costituenti le linee guida della disciplina del rapporto dedotto in giudizio<sup>650</sup>; infine, vi era chi postulava un vincolo assoluto alla norma di diritto, riconoscendo una totale discrezionalità del giudice nella sola ricostruzione del fatto<sup>651</sup>.

La prima opzione – fatta propria, con diverse sfumature, dalla prevalente giurisprudenza all’indomani della legge n. 374/1991 – sembra trasporre sul piano processuale la nozione giuridico-filosofica

---

<sup>649</sup> La posizione è ben espressa da MONTESANO L., *Sui «principi regolatori della materia» nel giudizio d’equità*, cit., c. 24, il quale rileva che il legislatore ha voluto svincolare il giudizio equitativo «da quel «formalismo giuridico» o da quel tanto di «formalismo giuridico», che è proprio del «diritto scritto», e ha ritenuto più adatto, ad individuare i valori recepiti nella comunità propria dei contendenti e quindi a decidere attuando quei valori, un giudice «non togato» o meglio «tecnico del diritto». Una delle conseguenze, e probabilmente quella di maggiore rilievo del discorso fin qui svolto è che il conciliatore dovrà sì ricercare i detti valori *nella comune coscienza sociale o nelle concrete normative delle singole «formazioni»*, ma, ove non rinventa un valore difforme al «diritto scritto» o non riesca ad individuare alcun valore, dovrà decidere secondo il «diritto scritto», in quanto solo questo si rivelerà coincidente con la (o comunque si presenterà come la sola) normazione della materia sottoposta alla valutazione giudiziaria» (corsivo aggiunto).

<sup>650</sup> MARTINO R., *Il giudizio di equità necessario secondo le Sezioni unite: profili di illegittimità costituzionale*, cit., p. 3255; ID., *L’equità del giudice di pace*, cit., p. 122. In termini parzialmente analoghi, VERDE G., *Contro l’equità necessaria del giudice di pace*, cit., p. 746 (v., però, ID., *Diritto processuale civile, I, Parte generale*, Torino, 2017, p. 113, dove si afferma che l’elemento caratterizzante il giudizio di equità necessario «è dato dalla libertà istruttoria e dalla inapplicabilità della regola di giudizio fondata sull’onere della prova», rilievo il quale consente altresì un accostamento con la terza tesi); CIPRIANI F., *op. ult. cit.*, c. 40, il quale evidenzia che nel nostro ordinamento non è immaginabile che il giudizio di equità si svolga *contra legem*.

<sup>651</sup> CERINO CANOVA A., *Principio di legalità e giudizio di equità*, cit., c. 32 s., secondo cui l’equità si manifesta tutta sul piano dell’accertamento dei fatti, proposizione, questa, che poggia su un rilievo esegetico dell’art. 113, comma 2, successivo alla L. 399/1984, e uno di ordine costituzionale. Quanto al primo profilo si afferma, invero, che i principi precostituiti che si impongono al giudizio di equità «sono «regolatori» e dunque precettivi ovvero giuridici; e vertono altresì sulla «materia» ossia su un ambito oggettivo che richiede per la sua stessa nozione regole oggettive». In relazione alle considerazioni di natura sistematica, l’A. evidenzia che diversamente opinando il giudizio di equità sarebbe esposto ad una fondata accusa di incostituzionalità per contrasto con l’art. 102, comma 2, disposizione dalla quale sembrerebbe ricavarsi che il giudizio debba necessariamente svolgersi secondo regole di diritto.

dell'equità come criterio di giudizio flessibile alle esigenze del caso concreto<sup>652</sup>, giungendo alla conclusione che il potere decisionale equitativo possa prescindere totalmente dalle norme di diritto (all'insegna della c.d. «equità sostitutiva», fondata su un giudizio di tipo intuitivo). Le altre due opzioni, invece, benché differenziate per ciò che attiene alla concreta individuazione dei canoni precostituiti, muovono dalla negazione del giudizio equitativo come giudizio potenzialmente *contra legem* e tendono, quindi, alla ricerca di parametri più pregnanti, di natura prevalentemente giuridica (nel qual caso il giudizio equitativo presenta una struttura prossima alla c.d. «equità integrativa», fondata su un giudizio di tipo sillogistico).

Senonché, anche i fautori dell'«equità sostitutiva», quantunque postulassero un giudizio per lo più sganciato da norme di diritto, riconoscevano che il medesimo dovesse pur sempre conformarsi ai principi costituzionali e comunitari, perché di rango superiore alla norma ordinaria. Si proponeva, in sostanza, un accostamento tra il legislatore e il giudice di equità, in base all'assunto che il secondo condividesse con il primo il compito di enunciare in un linguaggio tecnico-giuridico norme già operanti nella coscienza e nella realtà sociale, sicché il secondo, non meno che il primo, risultava vincolato al rispetto della fonte sovraordinata<sup>653</sup>.

Oggi i termini del dibattito sono notevolmente mutati.

Come la Corte costituzionale si è incaricata di dimostrare nel 2004, la valutazione equitativa del giudice di pace deve esplicitarsi nel quadro di uno *standard* minimo irrinunciabile, che è più ampio di quello costituito dalle norme di rango sovraordinato, risultando altrimenti dissonante rispetto ad un sistema ordinamentale ispirato al principio di legalità<sup>654</sup>. Ne consegue, dunque, l'apertura al sindacato *ex art.* 360,

---

<sup>652</sup> Sull'argomento, GALGANO F., *Dialogo sull'equità (tra il filosofo del diritto e il giurista positivo)*, in *Contratto e impresa*, 1996, p. 401.

<sup>653</sup> MONTESANO L., *Sui «principi regolatori della materia» nel giudizio d'equità*, cit., c. 24.

<sup>654</sup> Corte cost., sentenza 6 luglio 2004, n. 206, già citata. Il passo della motivazione su cui si fonda la dichiarazione di illegittimità dell'art. 113 c.p.c., per contrasto con gli artt. 24 e 101, comma 2, Cost., consiste nel rilievo che la funzione della giurisdizione di equità, «in un sistema caratterizzato dal principio di legalità», nell'ambito del quale la legge è il principale strumento di attuazione dei principi costituzionali, non può che essere quella di individuare la regola di giudizio che consenta una soluzione della controversia più adeguata alle specificità del caso concreto, «alla stregua tuttavia dei medesimi principi cui si ispira la disciplina positiva». Come rileva la Consulta, i menzionati principi «non potrebbero essere

comma 1, n. 3, c.p.c. per violazione non solo delle norme costituzionali e comunitarie, ma anche dei «principi informativi della materia».

Dinanzi al progressivo affinamento in senso restrittivo dell'espressione «principi regolatori» (originariamente enunciata dall'art. 113 in relazione al giudizio di equità del conciliatore) rispetto alla nozione «principi informativi» (adoperata dalla Consulta) nell'ambito delle successive pronunzie della giurisprudenza di legittimità<sup>655</sup>, è intervenuto il legislatore, con evidente intento chiarificatore. Oggi l'art. 339, comma 3, *post* d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, prevede che la pronunzia equitativa *ex* art. 113, comma 2, c.p.c. sia (non ricorribile in Cassazione ma) appellabile «per violazione delle norme sul procedimento, per violazione di norme costituzionali o comunitarie ovvero dei principi *regolatori* della materia».

La menzionata disposizione è apportatrice di una parziale certezza, ossia che il giudizio di equità necessario non appartiene alla sfera

---

posti in discussione dal giudicante, pena lo sconfinamento nell'arbitrio, attraverso una contrapposizione con le proprie categorie di equità e ragionevolezza».

<sup>655</sup> Specie Cass., sez. III, sentenza 11 gennaio 2005, n. 382, in *Giur. it.*, 2005, p. 1214, con nota di FINOCCHIARO G. In tale pronuncia viene così tracciata la distinzione tra le due nozioni: *a*) i principi regolatori «sono quelli che possono trarsi dal complesso delle norme che in concreto disciplinano una determinata materia», i quali «sono ricavabili, in via di generalizzazione, da quelle specifiche norme in concreto determinate»; *b*) diversamente, il principio informatore «è quello cui ci si ispira nel porre una determinata regola e, in quanto tale, preesiste alla regola», costituendo «il principio tenuto presente per dettare una determinata disciplina». Ne consegue, come afferma il giudice di legittimità, che il concetto di «principio informatore» è *più ampio e generale* di quello di «principio regolatore». A questi rilievi consegue una importante conseguenza pratica ai fini della valida proposizione del ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., dovendo il medesimo «essere diretto non a denunciare la violazione di una regola, ma il superamento di quel limite». Sicché, il ricorso proposto avverso la sentenza equitativa del giudice di pace a motivo della violazione di un principio informatore della materia deve specificamente indicare *a*) quale sia il principio che si assume violato e *b*) come la regola equitativa si ponga in contrasto con tale principio. *Contra*, VERDE G., *Contro l'equità necessaria del giudice di pace*, cit., p. 748, il quale evidenzia che la diversa pregnanza dei due aggettivi, così come ricostruita dalla Cassazione, sembra essere estranea alle intenzioni del giudice delle leggi, «il quale, nel testo della decisione, fa riferimento non ai principi che «hanno ispirato» una determinata disposizione di legge, ma a quelli che la «ispirano», quasi a significare che sottostante a qualsiasi disposizione scritta c'è una sorta di linfa vitale che va salvaguardata, in quanto la legge non è una «mera statuizione positiva», ma «espressione di scelte che devono ispirarsi ai principi e valori della costituzione» (formula che finisce col dare valore positivo ad una immanente e insopprimibile ispirazione giusnaturalista)».

extragiuridica, dovendo pur sempre conformarsi ad un canone normativo preesistente, rappresentato dai principi fondamentali della materia sottoposta alla cognizione del giudicante<sup>656</sup>.

Il rinnovato quadro normativo appena indicato conferma, ed anzi fortifica, il principio della necessaria rispondenza del giudizio di equità *ex art. 113*, comma 2, c.p.c. alle norme comunitarie.

Il giudice di pace chiamato a decidere secondo equità si trova nella medesima situazione in cui si troverebbe qualunque altro giudice dell'ordinamento laddove il *meritum causae* involga disposizioni dell'Unione, essendo vincolato da queste ultime e, di conseguenza, potendo (o dovendo, in relazione alle questioni pregiudiziali di validità se risolte *prima facie* nel senso della loro fondatezza) investire la Corte di giustizia delle questioni *ex art. 267* TFUE che dovessero insorgere nel corso del giudizio.

Del resto, è questa una prospettiva coerente con la recente pronuncia *UX contro Governo della Repubblica italiana* dei giudici del Kirchberg<sup>657</sup>, che rimuove ogni dubbio circa la possibilità di ricondurre il giudice di pace nella nozione di «giurisdizione di uno degli Stati membri» ai fini del rinvio pregiudiziale.

### 3.9.2 *Gli arbitri e il giudizio di equità: la struttura e i limiti (derivanti dalle fonti sovraordinate). Una divagazione in tema di arbitrato «irrituale» nelle controversie di lavoro.*

A questo punto occorre compiere un passaggio ulteriore, dimostrando che il vincolo del rispetto della fonte sovraordinata vale anche per il giudizio equitativo degli arbitri.

Alcune precisazioni di carattere generale possono aiutare ad orientarsi nel tema appena introdotto.

È frequente in giurisprudenza l'affermazione secondo cui gli arbitri, anche laddove investiti del potere di decidere la controversia

---

<sup>656</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA E., *op. loc. ult. cit.*; AULETTA F., *Diritto giudiziario civile. I modelli del processo di cognizione (ordinaria e sommaria)*, Bologna, 2020, p. 279 ss., il quale sottolinea che lo svincolo del giudice alla norma del caso concreto equivarrebbe «alla sostanziale equi-ordinazione del giudice alla legge, il che contrasterebbe con la dimensione costituzionale del rapporto tra giudice e legge, non orizzontale ma di tipo verticale e di soggezione».

<sup>657</sup> Corte di giustizia, sentenza 16 luglio 2020, causa C-658/18, *UX contro Governo della Repubblica italiana*, dove si afferma che «[l']articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che il Giudice di pace (Italia) rientra nella nozione di «giurisdizione di uno degli Stati membri», ai sensi di tale articolo».

secondo equità, hanno il dovere di osservare le norme inderogabili di ordine pubblico, «e cioè quelle norme cogenti, dettate in vista di interessi generali, non derogabili dalla volontà delle parti, e non suscettibili, come tali, di formare oggetto di compromesso»<sup>658</sup>. Ora, se si parte dalla ovvia considerazione che le norme, in quanto tali, non costituiscono mai l'oggetto della convenzione di arbitrato, ci si avvede che tale affermazione nasconde una premessa, che è qui utile disvelare: dal carattere indisponibile delle norme discende la natura altrettanto indisponibile del diritto, a sua volta insuscettibile di formare oggetto di arbitrato.

Si tratta di una premessa concettualmente errata, come si è cercato di dimostrare a più riprese nelle righe precedenti, perché altro è la natura del diritto, altro il carattere, derogabile o meno, della norma giuridica parametro, come è vero che dalle norme inderogabili possono ben derivare diritti disponibili.

Senonché, quell'orientamento, formulato nel contesto normativo precedente alla riforma dell'arbitrato del 2006 – ma saltuariamente riproposto in più recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità<sup>659</sup> – potrebbe lasciarsi apprezzare per il concreto risultato a cui perviene: consentire l'impugnazione per nullità del lodo per violazione di norme di ordine pubblico, attraverso il riferimento ai motivi di nullità di cui ai numeri 1 o 4 dell'art. 829, perché nessun margine di sindacato poteva trarsi dall'allora vigente articolo 829, comma 2, così come appariva naturale leggerlo<sup>660</sup>.

---

<sup>658</sup> Cass., sez. I, sentenza 4 maggio 1994, n. 4330, in *Riv. arb.*, 1994, p. 499, con nota di LUISO F. P., *L'impugnazione del lodo equitativo per violazione di norme inderogabili*. Conf., Cass., 8 novembre 1984, n. 5637; Cass., 29 luglio 1964, n. 2161.

<sup>659</sup> Cfr. Cass., sez. I, sentenza 4 luglio 2013, n. 16755, dove si afferma «gli arbitri autorizzati a pronunciare secondo equità sono svincolati, nella formazione del loro giudizio, dalla rigorosa osservanza delle regole del diritto oggettivo, avendo facoltà di far ricorso a criteri, principi e valutazioni di prudenza e opportunità, che appaiano i più adatti e i più equi, secondo la loro coscienza, per la risoluzione del caso concreto, con la necessaria conseguenza che resta preclusa, ai sensi dell'art. 829 c.p.c., comma 2, ultima parte, l'impugnazione per nullità del lodo di equità per violazione delle norme di diritto sostanziale, o in generale per *errores in iudicando* che non si traducano nell'inosservanza di norme fondamentali e cogenti di ordine pubblico, dettate a tutela di interessi generali, e perciò *non derogabili dalla volontà delle parti, né suscettibili di formare oggetto di compromesso*» (corsivo aggiunto; in senso conforme, Cass., sez. I, (ord.) 31 luglio 2020, n. 16553; Cass., sez. I, 20 gennaio 2006, n. 1183).

<sup>660</sup> In particolare, il risultato di conseguire l'impugnazione del lodo equitativo per violazione di norme imperative è conseguito attraverso tali vie: a) considerando il

Di questa tesi si trova un'eco in opzioni giurisprudenziali più recenti, che escludono la pronuncia secondo equità in materie governate da norme imperative<sup>661</sup>. La conclusione, benché apparentemente suggestiva, è smentita non solo dalla lettura dell'art. 822, c.p.c., che non recepisce alcun limite in tal senso, ma anche da una rapida indagine sistematica, come l'arbitrato in materia di lavoro induce a ritenere<sup>662</sup>.

---

lodo viziato perché relativo ad un oggetto non compromettibile; b) considerando la convenzione di arbitrato nulla perché recettiva dell'autorizzazione, in favore degli arbitri, di non applicare norme inderogabili; c) infine, allorquando la disapplicazione sia il frutto di una iniziativa dell'arbitro, a ciò non autorizzato, considerando la decisione viziata perché assunta fuori dai limiti del compromesso. In dottrina si registrano diversi orientamenti. «Se fosse, quindi, consentito agli arbitri di equità di disattendere – senza rimedio – norme inderogabili, la clausola arbitrale potrebbe configurare un negozio in potenziale frode alla legge (art. 1344 c.c.)» afferma FESTI F., *L'arbitro di equità*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 141, specie p. 154. La tesi presta il fianco ad alcune critiche, in parte legate alle ragioni esposte nel corpo del testo. Invero, la normativa inderogabile opera attraverso la prescrizione di un certo parametro di giudizio, e si risolve nella invalidità del lodo laddove quella normativa sia disattesa dagli arbitri. La tesi postula una indagine *ex post* sul contenuto del *dictum* arbitrale, che pare essere incompatibile con l'idea della nullità della convenzione di arbitrato, la quale a sua volta può derivare da vizi *genetici e oggettivi* (che prescindono, dunque, dal contenuto del lodo). Sicché quella opzione può al più condividersi solo in relazione alle convenzioni di arbitrato che non solo attribuiscono agli arbitri il potere di decidere secondo equità, ma che espressamente sottraggano dai possibili parametri del giudizio equitativo le norme inderogabili, ma è evidente che si tratta di una ipotesi di rilevanza puramente speculativa, perché è difficile immaginare che nella realtà possa essere redatta una clausola arbitrale di tale portata. Più convincente è la tesi di LUISO F. P., *L'impugnazione del lodo equitativo*, cit., p. 503, il quale sostiene che l'errore di giudizio, quando relativo alle norme inderogabili, possa ben transitare nel giudizio di impugnazione per nullità attraverso il comma 2 dell'art. 829, c.p.c., benché si tratti di arbitrato di equità: «al di là dell'espressione letterale contenuta nella norma, si deve intendere che l'impugnazione per nullità del lodo equitativo «è ammessa» quando si tratti di violazione di norme inderogabili».

<sup>661</sup> Cass., sez. I, sentenza 3 gennaio 2013, n. 28, dove – in relazione all'arbitrato societario – si afferma che l'art. 36 del D.Lgs. n. 5/2003 sarebbe espressione di un principio generale, a mente del quale gli arbitri devono decidere secondo diritto quando entrano in gioco norme inderogabili. Peraltro, è questa l'impostazione di fondo dell'art. 12 del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 («Codice del processo amministrativo») che riconosce l'arbitrabilità delle controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo «mediante arbitrato rituale di diritto».

<sup>662</sup> Su cui ZUCCONI GALLI FONSECA E., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: bilancio e prospettive di riforma*, in *Riv. arb.*, 2008, p. 459 ss.; ID., *Commento all'art. 806*, in AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 22 ss., che però

Ma se in tutti questi casi l'esigenza è quella di garantire un sindacato sull'applicazione delle norme inderogabili (*rectius*, di ordine pubblico), allora è sui limiti del giudizio equitativo arbitrale che occorre intendersi.

In proposito appare utile prendere le mosse dalla già ricordata pronuncia della Consulta sulla struttura del giudizio di equità nella giustizia minore.

I principi lì affermati vanno presi *cum grano salis*, se non altro perché la riconduzione del giudizio equitativo nei binari del diritto positivo viene operata sulla base di due presupposti, entrambi non ricorrenti nell'arbitrato: l'obbligatorietà del giudizio di equità di cui al secondo comma dell'art. 113, c.p.c., e l'inquadramento del giudice di pace nel sistema di giustizia ordinaria, in rapporto con l'art. 101, comma 2, della Costituzione<sup>663</sup>.

La Consulta afferma che «in un sistema caratterizzato dal principio di legalità a sua volta ancorato al principio di costituzionalità», il giudizio di equità, «non è e non può essere un giudizio extragiuridico», sicché il medesimo trova «i suoi limiti in quel medesimo ordinamento nel quale trovano il loro significato la nozione di diritto soggettivo e la relativa garanzia di tutela giurisdizionale». Quasi a voler significare, per un verso, che l'equità non si contrappone al diritto, esistendo tra questi un rapporto di continuità e, per altro verso, che il giudizio di equità deve attingere a criteri oggettivi e pregressi, dal momento che «diritto soggettivo e relativa garanzia trovano fondamento in una norma distributiva necessariamente preesistente»<sup>664</sup>.

Se intesa in questi termini, la sentenza suona come un ripudio della c.d. tesi soggettiva<sup>665</sup>, secondo cui il giudice ha la facoltà di utilizzare criteri, principi e valutazioni di prudenza e opportunità che appaiano i

---

propende per la sindacabilità del lodo equitativo per violazione di norme inderogabili.

<sup>663</sup> FESTI F., *L'arbitrato di equità*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 141, specie p. 156.

<sup>664</sup> VERDE G., *Contro l'equità necessaria del giudice di pace*, cit., p. 749.

<sup>665</sup> Significative in proposito le parole della Corte costituzionale, secondo cui i «principi cui si ispira la disciplina positiva» non possono «essere posti in discussione dal giudicante, pena lo sconfinamento nell'arbitrio, attraverso una contrapposizione con le proprie categorie soggettive di equità e ragionevolezza» (corsivo aggiunto).

più adatti ed equi, *secondo la sua coscienza*, tesi di cui vi è traccia in non poche sentenze della giurisprudenza di legittimità<sup>666</sup>.

Questo pare essere il *leitmotiv* della pronuncia della Consulta, la cui validità anche in relazione al giudizio arbitrale non può essere revocata in dubbio, se non altro perché l'arbitrato è un *giudizio* destinato a produrre risultati, sotto il profilo effettuale, analoghi a quelli della sentenza dell'autorità giudiziaria. A tacer d'altro, ce lo ricorda oggi l'art. 824 *bis* c.p.c., benché anche prima della novella del 2006 non pochi erano gli spunti di diritto positivo da cui poteva desumersi l'equiparazione *quoad effectum* tra il lodo e la sentenza<sup>667</sup>.

---

<sup>666</sup> Da ultimo, Cass., sez. I, (ord.) 31 luglio 2020, n. 16553.

<sup>667</sup> L'art. 824 *bis* c.p.c. prevede che «il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria», ma si tratta di una disposizione non decisiva ai fini della definizione della natura del lodo, se non altro perché estende al medesimo l'efficacia della sentenza, senza nulla disporre quanto all'idoneità al giudicato. Per questo, la riforma dell'arbitrato non ha sopito il dibattito sulla natura, giurisdizionale o negoziale, del lodo (per una ricostruzione del quale si rinvia a D'ALESSANDRO E., *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824 bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 529 ss.). Come si diceva, già prima della novella dell'arbitrato del 2006 parte della dottrina sosteneva la piena equiparabilità tra il lodo e la sentenza sulla base di diverse disposizioni, vale a dire: a) gli artt. 2943 e 2945 c.c., che equiparano la domanda arbitrale a quella giudiziale e il lodo non più impugnabile alla sentenza passata in giudicato ai fini dell'interruzione/sospensione del termine di prescrizione, equiparazione la quale non può spiegarsi ragionevolmente se non si assume che la domanda arbitrale e quella giudiziale mirino allo stesso risultato (RICCI E.F., *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo (Un grand arrêt della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 278; BOCCAGNA S., *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit., p. 211; MONTESANO L., «Privato» e «pubblico» nell'efficacia e nell'esecutorietà del lodo arbitrale, in *Riv. arb.*, 1998, p. 9); b) l'art. 669 *novies* c.p.c. secondo cui il provvedimento cautelare perde efficacia se è pronunciato lodo arbitrale che dichiara inesistente il diritto a cautela del quale era stata concessa la misura, disposizione che, da un lato, pone la misura cautelare nello stesso rapporto di strumentalità nei confronti del lodo e della sentenza dell'autorità giudiziaria e, dall'altro, chiarisce che l'inefficacia si produce indipendentemente dall'*exequatur*, dunque che l'immediata efficacia vincolante tra le parti consiste nell'accertamento pieno della situazione sostanziale oggetto del giudizio arbitrale, perciò prevalente rispetto all'accertamento sommario cautelare (BOCCAGNA S., *op. ult. cit.*, p. 211); c) l'art. 829, n. 8, c.p.c., che prevede l'impugnabilità del lodo «contrario a precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti», dal quale si desume che disconoscere il precedente lodo significa compiere il medesimo errore cui si dà vita quando si viola una precedente decisione giudiziaria, ciò che non sarebbe possibile se gli effetti del lodo non coincidessero con quelli della sentenza di identico contenuto (BOCCAGNA S., *op. ult. cit.*, p. 210; RICCI E. F., *La «funzione giudicante» degli arbitri*, cit., 279). Occorre però rilevare che proprio



Se tutto ciò è vero, possono trarsi i seguenti corollari.

Anzitutto, stante la sua genesi volontaria, il giudizio equitativo arbitrale si atteggia non solo «come potere di adattare il diritto *già esistente* alle speciali esigenze del caso concreto», attenuando le conseguenze giuridiche «che potrebbero derivare dalla rigida applicazione dello *strictum ius*»<sup>668</sup>, come pacificamente ritenuto per il giudizio di equità del giudice di pace, il medesimo ben potendo operare già al momento della qualificazione della fattispecie produttiva degli effetti<sup>669</sup>. E in ciò risiederebbe la principale distinzione tra il giudizio equitativo arbitrale e quello che si svolge dinanzi al giudice di pace.

Inoltre, sulla scorta dei rilievi poco sopra svolti, l'arbitro è esonerato «dalla rigorosa osservanza del diritto oggettivo» (secondo una classica formula giurisprudenziale) non già al fine di attingere al proprio senso di giustizia e a valutazioni di opportunità dettate dalla propria coscienza, bensì allo scopo di fondare la decisione su criteri ricavabili dalla cultura economico-sociale del tempo<sup>670</sup>.

L'oggettività delle ragioni di equità così ricostruite induce a ritenere che le medesime debbano essere adeguatamente esposte nella motivazione della decisione, in applicazione analogica dell'art. 118, comma 2, disp. att. c.p.c., in mancanza delle quali il lodo sarà

---

il tenore dell'art. 829, comma 1, n. 8, è invocato da una parte della dottrina a sostegno della tesi della diversa natura tra lodo e sentenza, dal momento che la disposizione continua a distinguere tra contrarietà ad un precedente *giudicato* e contrarietà a un precedente *lodo*, senza far riferimento, per quest'ultimo, al giudicato. Dal che se ne deduce, anche in considerazione della lettera dell'art. 824 *bis*, che il quadro normativo non attribuisce alla decisione arbitrale l'idoneità al giudicato (spec. PUNZI C., *Ancora sulla delega in materia di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 978; ID., *Diritto comunitario e diritto nazionale dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 241).

<sup>668</sup> Le parole tra virgolette sono di CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, IV, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Roma, 2019 (riedizione), p. 93.

<sup>669</sup> TENELLA SILLANI C., *L'arbitrato di equità*, cit., p. 397. In questi termini, con riferimento all'equità non necessaria ex art. 114 c.p.c., MARINO R., *L'equità del giudice di pace*, cit., p. 137; CIPRIANI F., *op. ult. cit.*, c. 37.

<sup>670</sup> GALGANO F., *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 475; ID., *Diritto ed equità nei giudizi arbitrali*, in ALPA G. – VIGORITI V. (a cura di), *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, Torino, 2013, p. 450. In termini sostanzialmente analoghi, MONTESANO L., *op. ult. cit.*, c. 23 s. Sulla distinzione tra la teoria dell'equità soggettiva e quella dell'equità oggettiva, TENELLA SILLANI C., *L'arbitrato di equità*, in *ivi*, p. 385 ss.; FESTI F., *op. ult. cit.*, p. 146.

suscettibile di impugnazione per nullità ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 5<sup>671</sup>. Del resto, se è vero che l'arbitrato è pur sempre un *giudizio* funzionale alla «applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto», mutuando le parole della Consulta<sup>672</sup>, il giudizio di equità non può che configurarsi, anche nella sua manifestazione esteriore, come una *consapevole* e (appunto) *motivata* attenuazione delle norme di diritto.

Infine, stante il già segnalato rapporto di continuità tra il diritto e l'equità, la decisione equitativa non può mai porsi in contrasto con i valori espressi dalla Costituzione, i medesimi vincolando anche le scelte di diritto positivo compiute dal legislatore. Il rilievo non è altro che l'applicazione del «principio di costituzionalità» invocato dalla Consulta nella decisione poco sopra richiamata.

Così stando le cose, un eventuale contrasto tra il *dictum* arbitrale e quei valori non può che integrare un errore di giudizio suscettibile di sindacato giurisdizionale ai sensi dell'art. 829, comma 3, c.p.c.; ed invero, la disposizione, nella versione attualmente vigente, non fa più riferimento all'autorizzazione al giudizio equitativo per definire il regime di sindacabilità del lodo, tenendo correttamente distinti i due profili e sancendo la regola della sindacabilità «in ogni caso» del *dictum* arbitrale «per contrarietà all'ordine pubblico».

Qui, però, la nozione di ordine pubblico non va sovrapposta al concetto di imperatività, come sovente si legge nella giurisprudenza e nei contributi dottrinali<sup>673</sup>: valgano, in proposito, i rilievi distintivi svolti *supra*.

---

<sup>671</sup> Sul ruolo della motivazione del lodo di equità, v. TENELLA SILLANI C., *L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*, Milano, 2006, p. 45 s., dove si evidenzia giustamente che il ruolo della motivazione è esaltato da coloro che ritengono il giudizio di equità «fondato su parametri precostituiti desunti dai valori sociali ed economici diffusi nella società» permettendo di «giustificare la deroga all'applicazione delle norme di diritto o comunque le ragioni del loro temperamento o adattamento al caso di specie»; risultando all'inverso svalutato innanzi alla concezione c.d. soggettiva dell'equità, dal momento che sarebbe «inverosimile giustificare in modo logico ed oggettivo una *ratio decidendi* per definizione soggettiva».

<sup>672</sup> Corte cost., sentenza 28 novembre 2001, n. 376, cit.

<sup>673</sup> Cfr., ad esempio, ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Commento all'art. 806*, in AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 30, la quale afferma che la sentenza della Consulta n. 206 del 2004 chiarisce che è «regola immanente al sistema» quella della necessaria «rispondenza dell'equità alle norme inderogabili», per poi concludere che «è ragionevole ritenere che contro il lodo di equità sia sempre ammessa l'impugnazione per violazione delle norme inderogabili, che nella materia del lavoro sono ad alta densità». Conclusione, questa, raggiunta valorizzando l'inciso «in ogni caso» contenuta nell'art. 829, comma 3, circa la

Il richiamo al concetto di ordine pubblico induce ad ulteriori precisazioni, perché il motivo di fondo dell'analisi condotta in queste pagine è che il ricorso alla clausola dell'«ordine pubblico» non costituisce sempre una soluzione adeguata agli imperativi di effettività del diritto dell'Unione.

Diverse sono le ragioni che inducono a ritenere che il giudizio di equità debba svolgersi nel rispetto della normativa dell'Unione.

Anzitutto, perché è difficile immaginare che la legge abbia creato una «zona franca»<sup>674</sup> in relazione ad un ordinamento che costituisce, oggi, il più importante limite rispetto, per un verso, agli spazi di efficacia della già vigente normativa ordinaria, e talvolta costituzionale, e per altro verso e *pro futuro* alla stessa discrezionalità del legislatore. Ove ciò facesse, la disciplina del giudizio equitativo arbitrale difficilmente si sottrarrebbe dall'accusa di incostituzionalità per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., letto in relazione agli articoli 4, par. 3, comma 2, e 19, par. 1, comma 2, TUE (relativi il primo all'obbligo di leale cooperazione e il secondo alle attribuzioni istituzionali degli organi giurisdizionali degli Stati membri) nonché all'art. 267 TFUE.

In secondo luogo, perché – prendendo a prestito una nozione qualificatoria cara alla giurisprudenza di legittimità – la natura del giudizio equitativo arbitrale che si è cercato fin qui di ricostruire sarebbe pur sempre riconducibile nella nozione di equità c.d. sostitutiva, in relazione alla quale non si è mai dubitato della sua necessaria rispondenza allo *standard* normativo sovraordinato. Ne è prova la giurisprudenza successiva all'istituzione del giudice di pace, la quale, benché negasse la struttura sillogistica del ragionamento di equità, in conseguenza della soppressione del riferimento normativo ai «principi regolatori della materia», riconosceva la sindacabilità in Cassazione delle pronunzie equitative per inosservanza delle norme costituzionali e comunitarie, alla luce del principio di gerarchia delle fonti.

Infine, ed è questo un profilo decisivo considerata la natura *lato sensu* normativa delle pronunce della Corte di giustizia, perché quella

---

sindacabilità per violazione dell'ordine pubblico. Una sovrapposizione tra le due nozioni può scorgersi anche in BOVE M., *La giustizia privata*, cit, p. 202, dove si legge «[è] possibile, a prescindere da ogni previsione di parte e direi anche da ogni rilievo di parte, che il lodo sia annullato perché contrario all'ordine pubblico, *ossia quando è stato pronunciato in violazione di norme inderogabili*» (corsivo aggiunto).

<sup>674</sup> Prendendo a prestito le parole di CERINO CANOVA A., *Principio di legalità e giudizio di equità*, cit., c. 30.

rispondenza si era imposta già a livello sovranazionale, e ciò ben prima che il dibattito sui canoni del giudizio equitativo confluisse nel novellato art. 339, comma 3. Invero, già nel 1994 la Corte di giustizia, con la sentenza *Comune di Almelo*, affermava che «un organo giurisdizionale nazionale che decide, in un caso previsto dalla legge, su un gravame avverso un lodo arbitrale deve essere considerato «giurisdizione nazionale» ai sensi dell'art. 177 del Trattato, anche quando, in base al compromesso concluso tra le parti, deve giudicare secondo equità»<sup>675</sup>. Ed è finanche superfluo aggiungere che quella legittimazione al rinvio ha un senso solo laddove si riconosca che nel giudizio di equità la normativa eurounitaria costituisce uno *standard* irrinunciabile, sulla scorta del principio della *primauté*.

Certo, si potrebbe qui obiettare che la sentenza appena invocata chiarisce i limiti del giudizio di equità che si svolge dinanzi all'autorità giudiziaria, l'unica legittimata ad interrogare pregiudizialmente la Corte di giustizia, nulla prevedendo per ciò che concerne il giudizio equitativo arbitrale.

Di fronte a questa osservazione non può non dibattersi che il giudizio che si svolge innanzi agli arbitri autorizzati a decidere secondo equità – pur differenziandosi da quello che connota la giustizia minore, dal momento che quel giudizio nel primo caso è il frutto di una scelta delle parti mentre nel secondo caso è imposto dalla legge in forma generalizzata – presenta dei connotati strutturali (se non analoghi, almeno) prossimi al giudizio di equità su base volontaria che si svolge dinanzi all'autorità giudiziaria (*ex art. 114*), rispetto al quale il principio affermato in *Comune di Almelo* ha portata generalizzata<sup>676</sup>.

---

<sup>675</sup> Corte di giustizia, sentenza 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo e altri contro Energiebedrijf IJsselmij NV*, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 3073, con nota di NORI G., *La nuova disciplina dell'arbitrato nell'ordinamento comunitario*; in *Riv. arb.*, 1995, p. 317, con nota di SELVAGGI C., *Arbitrato e accertamenti incidentali di validità e di interpretazione di norme e provvedimenti C.E.E.* Prosegue la Corte, a sostegno dell'indicata conclusione, che «tale organo giurisdizionale è pur sempre tenuto, in base ai principi della preminenza e dell'uniforme applicazione del diritto comunitario, combinati con l'art. 5 del Trattato, a rispettare le norme comunitarie, in particolare quelle in materia di concorrenza».

<sup>676</sup> La tesi sostenuta nel testo – circa l'assimilabilità dei connotati strutturali del giudizio equitativo arbitrale rispetto a quelli del giudizio rimesso all'autorità giudiziaria – risulta confermata dalla configurazione dell'arbitrato nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Invero, mutuando le parole della Consulta, l'arbitrato è un «giudizio» che «non si differenzia da quello che si svolge davanti

In questa prospettiva, non va sottaciuto che l'ordinamento interno già conosce tipiche ipotesi di giudizi equitativi arbitrari doverosamente ancorati alla normativa comunitaria, come può evincersi dalla lettura degli articoli 412, comma 2, e 412 *quater*, comma 3, c.p.c.<sup>677</sup>. Le richiamate disposizioni chiariscono che il giudizio di equità nell'arbitrato «irrituale» di lavoro ivi disciplinato deve svolgersi nel rispetto di precisi limiti normativi precostituiti, rappresentati dai «principi generali dell'ordinamento e [dai] principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari».

---

agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie», essendo pur sempre funzionale alla «applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto» (Corte cost., sentenza 28 novembre 2001, n. 376, cit.).

<sup>677</sup> L'art. 412 c.p.c. prevede diverse specialità del «compromesso» stipulato tra le parti «in qualunque fase del tentativo di conciliazione, o al suo termine in caso di mancata riuscita», attraverso il quale viene affidato «alla commissione di conciliazione il mandato a risolvere in via arbitrale la controversia». Le specialità di tale compromesso consistono: a) dell'inserzione automatica (*ex art. 1339 c.c.*) di un «termine per l'emanazione del lodo», non superiore ai «sessanta giorni dal conferimento del mandato»; b) l'inserzione doverosa (e non surrogabile dal legislatore per le *norme derogabili*, cfr. AULETTA F., *Le impugnazioni del lodo nel «Collegato lavoro»* (L. 4 novembre 2010, n. 183), in *www.judicium.it*, p. 2) delle «norme invocate dalle parti a sostegno delle loro pretese», ivi compresa «l'eventuale richiesta di decidere secondo equità» pur tuttavia (questo il profilo di rilievo) «nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari». Le previsioni sono mantenute inalterate in riferimento ai requisiti del ricorso destinato al «collegio di conciliazione e arbitrato», *ex art. 412 quater*, in relazione al modello lì disciplinato, con genesi compromissoria dinamica. In relazione al compromesso *ex art. 412, comma 2, c.p.c.*, la mancata indicazione dello *standard* normativo irrinunciabile del giudizio equitativo non avrebbe rilievo, potendo operare il meccanismo della sostituzione automatica *ex art. 1339 c.c.*; inoltre, la violazione di quello *standard* potrebbe ritenersi suscettibile di sindacato giurisdizionale considerando il lodo «pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti», purché «la relativa eccezione [sia] stata sollevata nel procedimento arbitrale» ai sensi dell'art. 808 *ter*, comma 2, n. 1, c.p.c. (in questi termini, AULETTA F., *op. ult. cit.*, p. 3). In posizione parzialmente diversa, almeno per ciò che concerne l'individuazione del riferimento normativo sul quale ancorare la soluzione della sindacabilità, si colloca BORGHESI D., *L'arbitrato ai tempi del «Collegato lavoro»*, in *www.judicium.it*, p. 29, il quale propende per la sindacabilità del lodo di equità per violazione delle norme inderogabili, sicché – rilevato che l'inderogabilità costituisce la regola nel diritto del lavoro – l'area dell'insindacabilità «dovrebbe essere ristretta al giudizio di fatto e a quello relativo all'applicazione di norme derogabili». A conclusioni non dissimili, relativamente ai margini di sindacato, bisogna pervenire in riferimento al modello di arbitrato contemplato nel successivo art. 412 *quater*.

Ora, se si parte dal rilievo che i principi generali del diritto dell'Unione sono anche «principi generali dell'ordinamento», perché, per un verso, coincidono in larga misura con i secondi<sup>678</sup> e, per altro verso, sono suscettibili di immediata ricezione interna per il tramite degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., ci si avvede che il riferimento agli «obblighi comunitari» non è casuale, essendo riferito alle disposizioni dei trattati e di diritto derivato (*ex* 288 TFUE) che non richiedono alcun provvedimento recettivo ulteriore. Qualche dubbio potrebbe, invece, configurarsi in relazione alla normativa derivata sprovvista di effetto diretto, dal momento che l'unico obbligo che essa è idonea a generale è quello, nei confronti dello Stato membro, consistente nell'adozione di provvedimenti attuativi interni<sup>679</sup>.

---

<sup>678</sup> Per una disamina dei principi generali del diritto dell'Unione, TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 104 ss.

<sup>679</sup> *Contra*, BORGHESI D., *op. ult. cit.*, p. 31 s., secondo cui le parole «obblighi comunitari» andrebbero riferite ai «principi enunciati da fonti comunitarie e non direttamente applicabili nel nostro ordinamento, quali sono le direttive, le raccomandazioni e i pareri». L'opzione non può essere condivisa, perché finisce per attribuire alle menzionate fonti di diritto derivato una efficacia ben maggiore rispetto a quella che è loro attribuita dalla Corte di giustizia. Invero, le raccomandazioni e i pareri di per sé sono insuscettibili di produrre effetti vincolanti, potendo al più costituire un parametro esegetico da tenere in considerazione in sede di interpretazione del diritto interno o di altri atti vincolanti dell'Unione (cfr. Corte di giustizia, sentenza 13 dicembre 1989, causa C-322/88, *Salvatore Grimaldi contro Fonds des maladies professionnelles*). Più complesso è il discorso con riferimento alle direttive. Ora, se si considera che le medesime, ove non trasposte, possono produrre esclusivamente un effetto diretto *verticale* (ossia, possono essere invocate solo nei confronti dello Stato e delle sue ramificazioni territoriali), purché abbiano un contenuto precettivo sufficientemente chiaro e preciso tale da non essere condizionato all'emanazione di atti ulteriori, ci si avvede che nella gran parte dei casi la medesima non può costituire un parametro di riferimento nel giudizio arbitrale. Invero, la direttiva che abbia queste caratteristiche potrà essere invocata a sostegno della eventuale pretesa creditoria solo laddove la controparte sia lo Stato, sia pure nell'ambita accezione considerata dalla giurisprudenza comunitaria, comprensiva di tali enti/soggetti: a) «tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti locali, come i comuni» (Corte di giustizia, sentenza 22 giugno 1989, causa C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA contro Comune di Milano*, punto 31); b) le autorità statali incaricate del mantenimento dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza (Corte di giustizia, sentenza 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Marguerite Johnston*); c) pubbliche autorità che offrono servizi sanitari pubblici (Corte di giustizia, sentenza 26 febbraio 1986, causa C-152/84, *Marshall I*); d) più in generale, qualunque «organismo che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, sia stato incaricato, con un atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico» (Corte di giustizia, sentenza 12 luglio 1990, causa C-188/89, *A. Foster e altri contro British Gas plc*, punto 20). Al

Perciò, le parole *obblighi comunitari* dovrebbero ricomprendere tutte le disposizioni che presentano questi tre connotati: *a)* che derivino dai trattati o da fonti di diritto derivato; *b)* che abbiano una immediata portata precettiva, ossia siano idonee a produrre effetti senza alcuna intermediazione normativa interna; *c)* infine, che abbiano una portata più specifica e concreta, ivi comprese, pertanto, quelle disposizioni dalle quali non sono ricavabili principi in via di generalizzazione. Se a ciò si sommano i principi generali dell'ordinamento dell'Unione, comunque suscettibili di essere ricompresi nei «principi generali dell'ordinamento», se ne può dedurre con una certa sicurezza che qualunque tentativo di delimitazione in senso restrittivo del parametro in questione sarebbe privo di ogni fondamento testuale.

Ora, tralasciando la tematica della natura, rituale o irrituale, dell'arbitrato lì previsto, riferimento ultroneo in questo contesto<sup>680</sup>, ciò che conta è che le menzionate disposizioni, quantunque formalmente circoscritte alla sfera lavoristica, assumono un significato fondamentale anche al di fuori della materia regolata, consegnando un rilevante dato normativo a sostegno della tesi della necessaria

---

di fuori di tali categorie, la direttiva non trasposta non può creare obblighi e non può essere fatta valere in quanto tale nei confronti dei singoli (sentenza *Marshall I*, cit., punto 48). Dunque, se ne deve conseguentemente dedurre che probabilmente l'unico settore in cui possono configurarsi «obblighi comunitari» con fonte in una direttiva non trasposta che possano costituire un valido ed efficace parametro per il giudizio di equità nell'arbitrato irrituale in esame è quello del pubblico impiego contrattualizzato.

<sup>680</sup> I tre modelli di arbitrato previsti dagli artt. 412 ss. c.p.c. (introdotti dall'art. 31 della legge n. 183/2010, c.d. Collegato lavoro), destinati ad aggiungersi all'arbitrato rituale ex artt. 806 ss. c.p.c. e alle altre tipologie di arbitrato previste dalle leggi speciali per le controversie individuali di lavoro, sembrano costituire degli ibridi. Invero, si assegna al lodo la stessa efficacia del contratto, attraverso il rinvio agli articoli 1372 e 2113, comma 4, c.c., coerentemente alla natura irrituale che suole attribuirsi a tali modelli. Senonché, si prevede che il lodo possa essere impugnato solo in via di azione ed entro il breve termine di trenta giorni dalla sua notificazione, estendendo a tali modelli il principio dell'onere dell'impugnazione che è proprio dell'arbitrato rituale (BOVE M., *La giustizia privata*, cit., p. 265). La stessa impugnazione è costruita non come una impugnazione negoziale, che si articola in due gradi di giudizio di merito e uno di legittimità, presentando piuttosto caratteri prossimi all'impugnazione per nullità, perché è previsto che il giudice decida in unico grado. Infine, la principale variante rispetto al lodo irrituale puro consiste nella possibilità di munire in *dictum* arbitrale di *exequatur*, previo deposito nella cancelleria del tribunale competente e successivo controllo di regolarità formale da parte del giudice (VERDE G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 53).

rispondenza dell'equità (anche non necessaria) ai canoni inderogabili dell'ordinamento dell'Unione.

Se tutto ciò è vero, la tesi della insindacabilità del lodo per violazione del diritto dell'Unione non rientrando nel perimetro dell'ordine pubblico si espone ad una evidente incongruenza logica, perché in relazione a tali *errores* il lodo di equità potrebbe offrire margini di sindacato nella sede impugnatoria ben più ampi rispetto a quelli configurabili dinnanzi ad un lodo di diritto.

La situazione paradossale che verrebbe a crearsi induce a ritenere che il rispetto della normativa eurolunitaria si impone anche, e a maggior ragione, agli arbitri cui non è consentito di decidere secondo equità, con logiche ed inevitabili ricadute in relazione ai margini di sindacabilità giurisdizionale del *dictum* arbitrale<sup>681</sup>.

### 3.9.3 *Analisi dei dati esegetici: una ipotesi interpretativa della clausola di rinvio di cui al terzo comma dell'art. 829.*

Queste considerazioni di ordine sistematico devono, ora, essere calate nella realtà della disciplina dell'impugnazione per nullità.

Vi è, in proposito, il dato esegetico dell'art. 829, comma 3, c.p.c., che sembra costituire – almeno *prima facie* – un ostacolo alla tesi qui sostenuta, perché consente la sindacabilità del *dictum* arbitrale per *errores iuris in iudicando* solo se tale possibilità sia «espressamente disposta dalle parti o dalla legge».

In proposito, però, proprio il richiamo alla «legge» lì contenuto potrebbe consentire l'ingresso, nella sede impugnatoria, all'errore di diritto eurolunitario, laddove quella locuzione sia interpretata in modo flessibile, ossia riferita ai casi di sindacabilità necessaria alla luce dell'ordinamento giuridico.

Ora, si è ben consapevoli che l'inciso «espressamente» contenuto nell'articolo 829, comma 3, c.p.c. suggerisce che si è in presenza di una ardita ipotesi interpretativa, quell'avverbio richiedendo, infatti,

---

<sup>681</sup> Questa osservazione è svolta anche da BORGHESI D., *op. ult. cit.*, p. 27 s., il quale, sulla base del richiamo ai «principi regolatori della materia» contenuto negli articoli 412, comma 2, e 412 *quater*, comma 3, c.p.c. in relazione alla pronuncia di equità nell'arbitrato irrituale lì disciplinato, afferma che «in questo modo il lodo di equità finisce per essere assoggettato ad un controllo molto più rigoroso di quello cui è sottoposto il lodo di diritto», atteso che «il primo può essere impugnato per erronea applicazione di norme (quelle che contengono principi regolatori della materia) che non sono necessariamente di ordine pubblico e la cui violazione non può quindi essere fatta valere contro il lodo di diritto».



una specifica ed inequivoca disposizione ampliativa dei margini di sindacato.

D'altra parte, all'indomani dell'entrata in vigore della riforma del 2006, la gran parte degli interpreti avevano collegato quelle parole alle varie fonti di legge di contemporanea vigenza nelle quali è sancita la sindacabilità del lodo per errori di diritto<sup>682</sup>.

Ad una più attenta lettura della disposizione ci si avvede, però, che l'interpretazione suggerita dalla dottrina all'indomani dell'ultima novella in materia di arbitrato, benché autorevolmente proposta, rischia di svuotare di significato quel rinvio. Ed invero, le parole «dalla legge» risulterebbero «altrimenti superflue»<sup>683</sup> se riferite, per un verso, al quarto comma dell'art. 829 c.p.c. e, per altro verso, alle specifiche previsioni *extra codicem* ampliative delle possibilità di sindacato relative a modelli speciali di arbitrato (*in primis*, l'art. 36 del D.Lgs. n. 5/2003). Nel primo caso, perché trattasi di una simultanea previsione normativa, sicché quel rinvio appare finanche sovrabbondante; nel secondo caso, perché non vi è alcun serio rischio che quelle previsioni, di natura speciale, possano ritenersi implicitamente abrogate dall'art. 829, comma 3, c.p.c., che disciplina il regime di stabilità del lodo di diritto comune<sup>684</sup>, per via del principio *lex generalis non derogat priori speciali*.

Ci si trova, cioè, dinanzi ad un dilemma la cui scelta è di intuitiva evidenza: o quella clausola di rinvio è una generica dichiarazione di un significato altrimenti ricavabile, ed è allora superflua; o la medesima consente l'apertura al sindacato per *errores in iudicando* allorché necessario per ragioni sistematiche, e allora assume un autonomo valore nel contesto dell'art. 829.

Del resto, la stessa giurisprudenza di legittimità, nell'affrontare la problematica del regime intertemporale della mutata disciplina

---

<sup>682</sup> MENCHINI S., *Impugnazione del lodo «rituale»*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 843 ss., specie p. 858; BOVE M., *La giustizia privata*, cit., p. 202 s.; BOCCAGNA S., *Commento all'art. 829*, in AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 460, nel testo e nelle note; ID., *Commento all'art. 829*, in AA.VV., *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di BENEDETTELLI M. V. – CONSOLO C. – RADICATI DI BROZOLO L. G., Milano, 2017, p. 429, dove si richiama la disciplina dell'arbitrato in materia di lavori pubblici.

<sup>683</sup> CONSOLO C. – BERTOLDI V., *La piena sindacabilità del lodo per errori di diritto negli arbitrati basati su convenzioni ante 2006: si applica la nuova norma che tuttavia in tal caso ingloba l'antica*, nota a Cass., sez. un., 9 maggio 2016, n. 9284, in *Giur. it.*, 2016, p. 1451, specie p. 1458.

<sup>684</sup> CONSOLO C. – BERTOLDI V., *op. ult. cit.*, p. 1457 s.

dell'impugnazione del lodo per *errores in iudicando*, non ha mancato di offrire una ardita interpretazione, «al limite del virtuosismo teorico-esegetico»<sup>685</sup>, della clausola di rinvio qui valorizzata, consegnando alle parole «dalla legge» un significato del tutto eterogeneo<sup>686</sup>.

---

<sup>685</sup> CONSOLO C. – BERTOLDI V., *op. ult. cit.*, p. 1456.

<sup>686</sup> Nel dettaglio, la pronuncia della Corte di cassazione risolve la problematica della esperibilità dell'impugnazione del lodo per violazione o falsa applicazione di norme di diritto sostanziale in relazione a controversie insorte dopo l'entrata in vigore della riforma dell'arbitrato del 2006 ma relative a convenzioni di arbitrato stipulate sotto il vigore della pregressa disciplina (dove il silenzio delle parti valeva come ammissibilità dell'impugnazione per *errores iuris in iudicando*). Problema, questo, legato al regime intertemporale delineato dall'art. 27, comma 4, del D.Lgs. 40/2006, il quale estendeva tale disciplina «ai procedimenti arbitrali, nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto». Prima dell'intervento chiarificatore delle Sezioni unite, la dottrina aveva suggerito di spostare il terzo comma dell'art. 829, c.p.c. dalle norme del capo cui formalmente era inserito alle norme sull'accordo arbitrale di cui al comma 3 del citato art. 27, consentendo l'applicazione del rinnovato regime di impugnazione «alle convenzioni di arbitrato stipulate dopo la data di entrata in vigore del presente decreto» e facendo così salva l'originaria volontà delle parti (cfr. PUNZI C., *Luci e ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 435; CONSOLO C., *L'impugnazione delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, p. 562 ss.). La Cassazione, con tre pronunce delle sezioni unite del 2016 (cfr. Cass., 9 maggio 2016, n. 9341, in *Giur. it.*, 2016, p. 1449; Cass., 9 maggio 2016, n. 9285; 9 maggio 2016, n. 9284, *id.*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1451, con nota di CONSOLO C. – BERTOLDI V., *La piena sindacabilità del lodo per errori di diritto negli arbitrati basati su convenzioni ante 2006: si applica la nuova norma che tuttavia in tal caso ingloba l'antica*) suggerisce, piuttosto, di intervenire sul medesimo comma 3 dell'art. 829, chiarendo che le parole «dalla legge» devono leggersi (non quale richiamo alle varie fonti di vigenza contemporanea che sanciscono la sindacabilità del lodo per errori di diritto, bensì) quale rinvio al vecchio comma secondo dell'art. 829 c.p.c., sia pure per le sole convenzioni di arbitrato stipulate all'epoca in cui quella disposizione era vigente. Si chiarisce, così, che la legge cui fa riferimento il terzo comma del vigente art. 829 deve avere tre connotati: *a*) deve trattarsi anzitutto di una legge che abbia un significato opposto a quello della disposizione recettiva del rinvio, che ammetta, dunque, l'impugnabilità del lodo; *b*) deve trattarsi «di una legge che disciplini la convenzione di arbitrato, perché è quella convenzione a definire, anche per volontà delle parti, i limiti di impugnabilità del lodo»; *c*) infine, deve essere una legge vigente al momento della stipula della convenzione di arbitrato. La soluzione offerta dalle Sezioni unite è stata posta in discussione dalla Corte di appello di Milano che, con due ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale (in *Giur. it.*, 2017, p. 1178 ss., con nota di BERTOLI V. – CONSOLO C. – PORCELLI F., *Sussulti alla sindacabilità del lodo per errori di diritto ammessa dalle Sezioni unite (per arbitri fondati su convenzioni anteriori al 2 marzo 2006)*), ha sollevato questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost.; questione, però, dichiarata infondata dalla Consulta (Corte cost., sentenza 30 gennaio 2018, n. 13, in *Riv. arb.*, 2018, p. 517, con nota di DE NOVA G., *La Corte*

Vi è da chiedersi, allora, se un avverbio – la cui portata è già stata relativizzata dalla giurisprudenza di legittimità – possa ritenersi decisivo per superare i rilievi di natura sistematica, ed in parte esegetici, fin qui prospettati.

### 3.10 Considerazioni conclusive.

Dinanzi al profluvio di riflessioni sin qui svolte, possono trovare albergo le prime conclusioni.

Anzitutto, tra il divieto di arbitrato e la assoluta neutralità del legislatore con permesso incondizionato di arbitrato, vi è un'ampia zona grigia all'interno della quale il legislatore ordinario può graduare, secondo ragionevolezza, i margini di manovra dell'autonomia compromissoria e il diritto comune ex artt. 806 ss. c.p.c., in modo da costituire il «modulo tecnico» più appropriato alle peculiarità ed esigenze di talune materie<sup>687</sup>. L'esclusione dell'arbitrato di equità (art. 36, comma 1, D.Lgs. n. 5 del 2003), la congiunzione dell'equità con i principi regolatori della materia (artt. 412, comma 2, e 412 *quater*, comma 3, c.p.c.), l'attribuzione del potere di nomina del terzo arbitro o dell'intero collegio ad una istituzione arbitrale (art. 209, comma 4, D.Lgs. n. 50 del 2016) o ad un terzo previamente individuato nella clausola compromissoria (art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5 del 2003), sono solo alcuni dei moduli sperimentati dalla legislazione più recente.

Tra questi, quello della sindacabilità del *dictum* arbitrale per violazione di regole di diritto sostanziale costituisce il modello unanimemente giudicato positivo per le controversie che sottendono un substrato normativo connotato da tassi più o meno variabili di imperatività, come dimostra il percorso normativo intrapreso negli ultimi anni di cui si è cercato di dar conto fin qui. Il medesimo modello si presta ad offrire una adeguata risposta alle esigenze di effettività del diritto dell'Unione nell'ambito della tutela arbitrale, posti: *a*) la carenza di legittimazione arbitrale al rinvio (anche in prospettiva *de iure condendo*), *b*) l'infungibilità del giudizio *apud arbitros* rispetto a quello demandato al giudice statale quanto al

---

*costituzionale sull'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto relative al merito; in Giur. it., 2018, p. 697, con nota di BRIGUGLIO A., Facile e ragionevole assenso della Consulta alle sezioni unite sul modo di applicare la «nuova» disposizione sulla impugnazione del lodo per violazione di legge).*

<sup>687</sup> BRIGUGLIO A., *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, cit., p. 101.

momento applicativo della normativa eurounitaria, c) infine, la precarietà della soluzione che attinge esclusivamente alla clausola dell'ordine pubblico.

La sindacabilità del *dictum* arbitrale per violazione del diritto dell'Unione è la via solutoria percorribile già *de iure condito*, come ci si è incaricati di dimostrare attraverso una indagine sistematica ed esegetica.

Si è detto, in proposito, che l'equiparazione *quoad effectum* del lodo alla sentenza e i connotati strutturali del giudizio equitativo arbitrale suggeriscono che il medesimo debba essere incardinato nei binari del diritto sovraordinato, con inevitabili ricadute quanto ai margini di sindacato giurisdizionale del lodo equitativo nella sede impugnatoria. Se ciò è vero, verrebbe a crearsi una situazione paradossale, perché il lodo di equità finirebbe per essere sottoposto ad un controllo più rigoroso di quello cui è sottoposto il lodo di diritto quanto al rispetto della normativa dell'Unione.

Per sfuggire a tale *impasse*, occorre consegnare alla clausola di rinvio recepita nel terzo comma dell'art. 829, comma 3, c.p.c. un significato composito, suscettibile di ricomprendere l'ipotesi, fin qui considerata, di sindacabilità imprescindibile in considerazione dei profili strutturali (di tipo gerarchico) dell'ordinamento giuridico. Quella clausola potrebbe offrire un aggancio normativo per raccordare il giudizio extrastatale a quello demandato all'autorità giurisdizionale, consentendo l'ingresso nella sede impugnatoria alla errata interpretazione e/o applicazione del diritto dell'Unione, con eventuale intervento pregiudiziale della Corte di giustizia<sup>688</sup>. Per giungere a tale conclusione, bisogna essere disposti a superare l'opzione che vede nelle parole «dalla legge» ex art. 829, comma 3, c.p.c. un richiamo alle previsioni *extra codicem* di sindacabilità per *errores in iudicando* del lodo, la quale già sotto il profilo esegetico si

---

<sup>688</sup> Da questo punto di vista è utile richiamare le parole di VERDE G., *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2002, spec. p. 640, sia pure in relazione ad un tema diverso, ossia quello della inevitabile interferenza tra il giudizio che si svolge *apud arbitros* e quello dinanzi ai giudici statali, contro l'orientamento della Cassazione, soprattutto *post* sentenza 3 agosto 2000, n. 527, secondo cui la devoluzione della controversia ad arbitri implica totale rinuncia all'azione giudiziaria e alla giurisdizione dello Stato. L'A. evidenzia che con la stipula della convenzione di arbitrato le parti non rinunciano *tout court* alla giurisdizione statale, ma soltanto «deviano l'azione a tutela dei loro diritti su di un diverso binario procedimentale, che è pur sempre destinato ad incontrarsi con il binario della giurisdizione statale».

rileva inappagante, perché consegna alla clausola di rinvio il valore chiarificatore di una conclusione comunque *de plano* attingibile.

## Capitolo 4

### L'OGGETTO DELL'IMPUGNAZIONE PER NULLITÀ DEL LODO RITUALE E LA STRUTTURA DEL SINDACATO PER ERRORI DI DIRITTO (DELL'UNIONE).

SOMMARIO: 4.1 Introduzione. – 4.2 L'inquadramento dell'impugnazione per nullità nell'ambito delle tradizionali elaborazioni concettuali sui mezzi di impugnazione delle sentenze. – 4.3 I meccanismi di formazione dell'oggetto del giudizio di impugnazione per nullità del lodo rituale. – 4.3.1 La *quaestio* (dell'*an* e del *quantum*) dell'effetto devolutivo nelle impugnazioni con funzione eliminatória. 4.3.2 I meccanismi di tradizione del materiale cognitorio dal giudizio arbitrale al giudizio di impugnazione: considerazioni di portata generale. – 4.3.3 Tentativi ricostruttivi dei meccanismi di formazione dell'oggetto (qualitativo) del giudizio di impugnazione per nullità del lodo rituale (innanzi all'evidente *deficit* normativo). In particolare, la *querelle* interpretativa sulla locuzione «parte di sentenza» e la sua rilevanza nell'indagine sulla latitudine della cognizione dello *iudex nullitatis*. – 4.3.4 La nozione di «parte del lodo» (art. 830, comma 1) e il principio di divisibilità del *dictum* arbitrale. – 4.4 L'impossibilità di considerare in forma unitaria i meccanismi di formazione dell'oggetto dell'impugnazione per nullità del lodo rituale e quelli propri dell'appello civile. – 4.4.1 L'ammissibilità dell'impugnazione incidentale condizionata e il trattamento delle questioni pretermesse e assorbite. – 4.5 Effettività del diritto dell'Unione e tecniche di riemersione nell'impugnazione per nullità di fattispecie governate dalla disciplina eurounitaria. – 4.5.1 Impostazione della *quaestio* (attraverso l'indicazione di ipotesi esemplificative). – 4.5.2 La dottrina della Corte di giustizia sulla cedevolezza del giudicato incompatibile con il diritto dell'Unione e la sua incidenza sulla *quaestio* della persistente «riesaminabilità», nella sede impugnatoria, di questioni di diritto dell'Unione coperte all'acquisita intangibilità del lodo (non definitivo o della parte di lodo definitivo) in conseguenza dell'operare del

meccanismo dell'acquiescenza tacita qualificata. – 4.5.3 (Segue) considerazioni specifiche legate alla materia consumeristica. – 4.6 La struttura e i limiti del sindacato per *errores in iudicando* e la *quaestio* dei margini per un nuovo apprezzamento del fatto nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale. – 4.6.1 L'ampiezza del sindacato per «violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia» (anche in via di differenziazione rispetto all'omologo motivo di impugnazione per errori di giudizio di cui all'art. 360, comma 1, n. 3) e i limiti del controllo del giudizio di fatto. – 4.6.2 I momenti dell'*iter* logico della decisione devoluti alla cognizione del giudice dell'impugnazione per nullità ai sensi dell'art. 829, comma 3, e la necessità di un più approfondito controllo sulla motivazione (in diritto). – 4.6.3 La differenza (qualitativa, non già quantitativa) tra il sindacato per errori di giudizio e quello per contrarietà all'ordine pubblico. – 4.6.4 Alcune considerazioni conclusive legate all'eventuale fase rescissoria. – 4.7 Conclusioni.

#### 4.1 Introduzione

I capitoli precedenti hanno consentito di dimostrare, per un verso, che la sindacabilità del *dictum* arbitrale per violazione del diritto dell'Unione potrebbe costituire il «modulo tecnico» più aderente alle esigenze di effettività dell'ordinamento eurounitario e, per altro verso, che l'anzidetta via solutoria è percorribile già *de iure condito*.

Il seguente capitolo si propone di sollecitare una più approfondita riflessione intorno ad eventuali ulteriori profili di interferenza tra il diritto dell'Unione e i meccanismi che presiedono alla formazione dell'oggetto del giudizio di impugnazione per nullità, allo scopo di verificare se la portata acquisita dal principio di effettività possa relativizzare il giudicato parziale di matrice arbitrale onde garantire la persistente «riesaminabilità» delle questioni di diritto dell'Unione pur in presenza di un comportamento acquiescente della parte onerata.

Ora, già sul piano della logica appare evidente che quanto maggiori sono gli oneri incombenti sulle parti, tanto minori sono i corrispondenti margini di rilievo officioso, da parte del giudice dell'impugnazione, di fattispecie governate dalla disciplina eurounitaria. Sicché, i meccanismi di formazione dell'oggetto del giudizio di impugnazione per nullità e lo statuto dei poteri riservati al giudice dell'impugnazione costituiscono degli antecedenti necessari rispetto alla *quaestio* della «rilevabilità» – o, per converso, della «riesaminabilità» – delle questioni di diritto dell'Unione in assenza di

una specifica iniziativa censoria del *dictum* arbitrale ad opera della parte.

Va però avvertito che il tema poc'anzi enunciato appare a tratti impervio, stante la laconicità del dettato normativo su quasi tutti i profili interessati dalla presente indagine: dalle tecniche di devoluzione della materia logica alla latitudine della cognizione del giudice dell'impugnazione nella successiva ed eventuale fase rescissoria. Ancora, la troppo scarna disciplina codicistica dell'impugnazione per nullità non sembra adeguatamente compensata dagli orientamenti che vanno facendosi strada nella giurisprudenza della suprema Corte, caratterizzati da un acritico rinvio alle disposizioni sull'appello civile, benché funzione e struttura dei due rimedi – l'appello, da un lato, e l'impugnazione per nullità, dall'altra – siano profondamente diversi. Ne è prova l'opzione che afferma la piena applicazione dell'art. 393 c.p.c. anche all'ipotesi dell'estinzione del giudizio di rinvio originato dall'impugnazione per nullità del lodo arbitrale<sup>689</sup>: l'art. 393 presuppone che il giudizio conclusosi con la sentenza cassata sia in grado di dar vita ad una pronuncia sostitutiva, il che se può ancora sostenersi rispetto alle sentenze di appello, non è invece una costante nell'impugnazione per nullità, come appare evidente pur limitando lo sguardo ai non pochi casi in cui il giudizio di impugnazione non può dar vita ad una nuova decisione sul merito della lite ma deve arrestarsi all'effetto rescindente<sup>690</sup>.

---

<sup>689</sup> Cass. 18 marzo 2014, n. 6188, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 840 ss., con nota di RIZZA C., *La sorte del lodo in caso di estinzione del giudizio di impugnazione per nullità in sede di rinvio dalla cassazione*; Cass. 6 agosto 2003, n. 11842, in *Riv. esec. forz.*, 2004, p. 147, con nota di CAPPONI B., *Se il lodo rituale annullato con sentenza della Corte d'appello, a sua volta cassata dalla Suprema Corte, costituisca titolo esecutivo in caso di estinzione del giudizio di impugnazione in sede di rinvio*; Cass. 26 novembre 1996, n. 10546, in *Foro it.*, 1997, I, c. 833 e in *Riv. arb.*, 1997, p. 317 ss., con nota di FAZZALARI E., *Impugnazione per nullità del lodo arbitrale e art. 393 c.p.c.* Nel primo caso considerato l'impugnazione per nullità era stata dichiarata improcedibile; negli altri due casi, invece, la Corte di appello aveva dichiarato la nullità del lodo.

<sup>690</sup> Su questi profili, VERDE G., *L'art. 393 c.p.c.: una disposizione da riscrivere*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 934 ss.; BOCCAGNA S., *Sulle conseguenze dell'estinzione del giudizio di rinvio dopo la cassazione della sentenza che abbia pronunciato sull'impugnazione per nullità del lodo*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 67 ss. In termini più ampi, sulla necessità di modulare la previsione dell'art. 393 c.p.c. nei giudizi a struttura oppositoria, AULETTA F., *Diritto giudiziario civile. I modelli del processo di cognizione (ordinaria e sommaria)*, Bologna, 2020, p. 383.



Per concludere, il percorso analitico oggetto delle prossime pagine può essere così sintetizzato: *a)* in primo luogo, occorrerà determinare le caratteristiche generali del sindacato della Corte di appello sul *dictum* arbitrale, con specifico riferimento ai meccanismi di formazione dell'oggetto quantitativo e qualitativo del processo di impugnazione per nullità; *b)* in secondo luogo, potranno essere delineati i margini di riemersione delle questioni di diritto dell'Unione in sede impugnatoria, eventualmente anche in assenza di una specifica iniziativa censoria della parte interessata per errori di giudizio; *c)* in conclusione, verranno analizzate le caratteristiche del sindacato giurisdizionale sugli *errores in iudicando* commessi dagli arbitri, anche al fine di tracciare le differenze tra la struttura del sindacato per errori di giudizio e le tecniche di controllo del lodo per non contrarietà all'ordine pubblico.

#### **4.2 L'inquadramento dell'impugnazione per nullità nell'ambito delle tradizionali elaborazioni concettuali sui mezzi di impugnazione delle sentenze.**

Il tema della tecnica di devoluzione e riemersione, nella fase impugnatoria, degli elementi cognitori della precedente fase processuale (nella specie, del giudizio arbitrale) si pone come logicamente successiva rispetto all'adozione di una determinata qualificazione all'impugnazione per nullità. Invero, la concettualizzazione del rimedio impugnatorio può offrire un valido ausilio quando si tratta di individuare la disciplina di un mezzo, come quello in esame, che non offre una sistemazione e una regolamentazione autosufficiente. Pertanto, seguendo una progressione logica, appare utile riassumere i più generali schemi classificatori già proposti dalla dottrina con riguardo alle impugnazioni civili, per poi verificare quale, tra le diverse qualificazioni dogmatiche, più si adatta all'impugnazione per nullità del lodo arbitrale.

In proposito, occorre in primo luogo riconoscere che le elaborazioni concettuali mostrano tutte, in forma più o meno palese, l'eredità e l'influenza del pensiero di Calamandrei, il quale riassorbiva tutto il sistema dei mezzi previsti contro la sentenza nell'ambito

dell'alternativa tra le *azioni di impugnativa* e i *mezzi di gravame*<sup>691</sup>. La richiamata distinzione si articola in sei momenti essenziali, alcuni dei quali appaiono rigidamente implicati da un reciproco nesso: l'origine (processuale nei mezzi di gravame, sostanziale nelle azioni di impugnativa), il presupposto (l'essere solo l'azione di impugnativa condizionata alla presenza di un vizio della sentenza), lo scopo (concretato dalla variazione di uno stato giuridico esistente, nelle azioni di impugnativa, ovvero dalla costituzione di uno stato giuridico non ancora perfetto, nei mezzi di gravame), l'efficacia della sentenza impugnata (piena efficacia della sentenza sottoposta ad azione di impugnativa, inefficacia della sentenza sottoposta ad azione di gravame), l'oggetto del giudizio (costituito dallo stesso rapporto controverso, nei mezzi di gravame, o dall'accertamento dell'esistenza del diritto all'eliminazione del provvedimento, nelle azioni di impugnativa), infine, la natura del procedimento (nuova fase di uno stesso processo non ancora esaurito per i mezzi di gravame, nuovo processo per le azioni di impugnativa)<sup>692</sup>.

Si tratta di categorie *pure* di rimedi processuali, raggruppate attorno a criteri storicamente determinati, sicché le medesime perdono gran parte della loro assolutezza nell'*attuale* disciplina positiva dei singoli mezzi di impugnazione<sup>693</sup>. Inoltre, come autorevole dottrina si è incaricata di dimostrare, le azioni di impugnativa presentano un carattere armonico ed essenzialmente unitario, mentre maggiori

---

<sup>691</sup> CALAMANDREI P., *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *La Cassazione civile e altri studi sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni*, ripubblicato in *Opere giuridiche*, vol. VIII, Roma, 2019 (riedizione), p. 245 ss.; ID., *Sulla distinzione tra «error in iudicando» ed «error in procedendo»*, in *Ibidem*, p. 285 ss.; ID., *La Cassazione civile*, parte II, in *Opere giuridiche*, vol. VII, cit., p. 201 ss.

<sup>692</sup> È questa la schematizzazione proposta da CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, p. 17 s. In sintesi, le azioni di impugnativa: (i) denunciano specifici vizi della sentenza; (ii) si dirigono contro un atto giurisdizionale dotato di piena efficacia; (iii) danno luogo ad un processo con un oggetto autonomo e diverso rispetto a quello che ha dato vita alla sentenza impugnata. Per converso, i mezzi di gravame: (i) non hanno come presupposto un vizio della sentenza ma solo la soccombenza; (ii) ripropongono al giudice lo stesso oggetto del precedente giudizio per un nuovo riesame della controversia; (iii) danno luogo ad una nuova fase dello stesso processo e si propongono innanzi ad un giudice superiore rispetto a quello che ha pronunciato la sentenza impugnata.

<sup>693</sup> CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili*, cit., p. 24 ss.; NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, p. 125 ss., secondo cui la disciplina dei gravami ha attratto quella delle azioni di impugnativa.

flessibilità si riscontrano negli elementi caratterizzanti i mezzi di gravame, i quali risultano definiti per differenza rispetto alle prime<sup>694</sup>.

Un più recente ed elaborato sviluppo delle categorie appena enunciate si rinviene nella distinzione tra *mezzi di gravame con funzione eliminatória* (e struttura impugnatoria) e *mezzi di gravame con funzione rinnovatoria* (e struttura appellatoria)<sup>695</sup>.

L'elaborazione valorizza il profilo funzionale delle due categorie concettuali, per poi trarne le logiche implicazioni sul piano strutturale: nei gravami eliminatori la critica è vincolata, la sentenza impugnata è passata in giudicato oppure è imperativa, viene attribuito il controllo sulla sentenza, il momento rescindente ha un autonomo rilievo; per converso, nei gravami rinnovatori la critica è libera, la sentenza ha solo efficacia naturale all'interno dello stesso processo, viene riproposta la cognizione dello stesso rapporto sostanziale di cui ha conosciuto il primo giudice, non è isolabile un momento rescindente<sup>696</sup>.

La teoria non esclude (anzi presuppone) reciproche contaminazioni tra le due categorie, le medesime costituendo due poli estremi all'interno dei quali il diritto positivo può consentire innumerevoli graduazioni intermedie. Più precisamente, le menzionate categorie risultano rigorosamente costruite attorno alle loro caratteristiche funzionali, mentre gli elementi strutturali sono declinati a modelli tendenziali, ben potendo verificarsi la commistione, nei singoli mezzi

---

<sup>694</sup> CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili*, cit., p. 24; RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996, p. 61.

<sup>695</sup> NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, spec. p. 138 dove si enuncia la denominazione indicata nel testo. Si tratta di una rielaborazione delle categorie proposte da Calamandrei, come si evince nella lettura del seguente passo «[q]uesta distinzione interna opera soprattutto sul piano funzionale, considerando la funzione – intesa non come scopo esterno ma come risultato giuridico diretto ed immediato cui la nuova fase è preordinata – elemento decisivo per la essenziale caratterizzazione dei mezzi di gravame. Si muove, quindi, dallo stesso fondamentale punto di partenza da cui muoveva la distinzione fra azioni di impugnazione e mezzi di gravame e, come questa ritrovava il primo elemento distintivo in ciò che le prime avevano la funzione di eliminare la sentenza impugnata, i secondi di dare alla lite una più giusta soluzione, si individua una differenza fra mezzi di gravame preordinati, in via immediata e diretta, alla eliminazione (rescissione) del provvedimento giurisdizionale, e mezzi preordinati, sempre in via immediata e diretta, ad un riesame della lite ed una sua nuova soluzione in sostituzione di quella offerta dal primo giudice» (NIGRO M., *L'appello*, cit., p. 132).

<sup>696</sup> NIGRO M., *op. cit.*, p. 133 ss.

di gravame, di elementi strutturali impugnatori ed elementi strutturali appellatori<sup>697</sup>.

L'intrinseca mutabilità degli elementi incontra un solo limite: nei gravami appellatori – pur potendo configurarsi limiti della critica e riduzioni dell'ambito cognitorio – la *cognitio causae* risulta essere elemento strutturale necessario e costante, «perché il suo abbandono implica il passaggio del gravame da una funzione solutoria della lite ad una funzione eliminatória»<sup>698</sup>.

La teoria si lascia apprezzare perché, per un verso, consente una maggiore flessibilità nell'ambito degli schemi concettuali proposti<sup>699</sup> e, per altro verso, sottolinea la centralità del piano funzionale nella ricostruzione dogmatica dei rimedi giuridici contro le sentenze, mentre i profili strutturali sono considerati *secondari e relativi*<sup>700</sup>.

Dunque, i gravami con funzione eliminatória sono preordinati in via diretta e immediata all'eliminazione del provvedimento giurisdizionale e il momento rescindente acquista, di conseguenza, un autonomo rilievo; per converso, i gravami con funzione rinnovatoria sono preordinati, sempre in via immediata e diretta, ad un riesame della lite e ad una nuova soluzione in sostituzione di quella precedente<sup>701</sup>.

---

<sup>697</sup> NIGRO M., *op. cit.*, p. 150.

<sup>698</sup> NIGRO M., *op. cit.*, p. 152.

<sup>699</sup> Come già messo in evidenza da RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 63.

<sup>700</sup> «Tutte le differenze strutturali – sulle quali la dottrina insiste – non sono che secondarie e derivate rispetto alla differenza funzionale, alla quale, s'intende su di un piano tendenziale ed orientativo, si lasciano agevolmente ricondurre» (NIGRO M., *L'appello*, cit., p. 133).

<sup>701</sup> NIGRO M., *L'appello*, cit., p. 132. Una più articolata concettualizzazione dei mezzi di impugnazione è proposta da CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili*, cit., *passim*, articolate attorno a quattro momenti: l'oggetto, i motivi, la cognizione e la pronuncia. Attraverso l'esame separato e poi congiunto di tali momenti (spec. p. 573 ss.), si evidenzia che l'oggetto e la pronuncia sono gli unici elementi che possono essere risolti in modo rigidamente inverso, mentre i motivi e la cognizione si configurano come variabili indipendenti. La coppia di relazione che si basa sulla interdipendenza tra l'oggetto e la pronuncia si risolve in questi termini: *a*) l'impugnazione sullo stesso oggetto implica tutti i possibili contenuti delle decisioni consentite nell'istanza precedente, sicché produce un effetto sostitutivo sul provvedimento impugnato; *b*) per converso, l'impugnazione con giudizio sulla sentenza implica una pronuncia rescindente. Un possibile collegamento tra questa coppia di relazione e gli altri due momenti conduce ad esiti relativi e variabili, perché nessuna univoca determinazione sembra imporsi per ampiezza con cui la devoluzione può attuarsi (cognizione) e per il modo secondo cui si specifica la

Muovendosi all'interno di questa fondamentale distinzione, si possono immaginare diverse variazioni e contaminazioni strutturali: così, i mezzi di gravame appellatori possono assumere le forme strutturali proprie dei mezzi impugnatori, attraverso la limitazione dell'ambito cognitorio del giudice del gravame e l'imposizione di vincoli alla critica della sentenza; allo stesso modo, i rimedi impugnatori possono assumere una o più delle forme strutturali proprie dei mezzi appellatori.

Partendo da questa concettualizzazione, l'inclusione dell'impugnazione per nullità del lodo rituale nell'ambito dei rimedi con funzione eliminativa non necessita di una particolare dimostrazione.

La lettera della legge, che all'art. 830 parla di dichiarazione di nullità del lodo come oggetto di una specifica statuizione della pronuncia del giudice dell'impugnazione (comma 1) e di annullamento del lodo come effetto della pronuncia medesima (comma 2), lascia chiaramente propendere per la funzione eliminativa del rimedio in esame. Il momento rescindente è autonomo e necessario, nonché logicamente preordinato rispetto al momento rescissorio, quest'ultimo presentandosi come secondario ed eventuale. *Secondario*, perché solo la pronuncia rescindente è idonea a causare la rinnovazione del giudizio reso con la decisione impugnata; *eventuale*, perché, per un verso, solo alcuni dei motivi di impugnazione conducono ad una nuova pronuncia sul merito come esito naturale dell'accoglimento dell'impugnazione e, per altro verso, perché ben possono le parti sottrarre alla Corte di appello la decisione nel merito per qualunque motivo di impugnazione<sup>702</sup>.

Il carattere limitato dell'impugnazione non è un profilo determinante ai fini della classificazione, quest'ultima non essendo influenzata dalle questioni sottoponibili allo *judex ad quem* e dalle limitazioni dell'ambito cognitorio<sup>703</sup>, come si è già evidenziato.

---

previsione dei motivi. Sicché, l'oggetto e la pronuncia sembrerebbero godere di un ruolo privilegiato nella classificazione dei rimedi (cfr. spec. p. 577 ss.).

<sup>702</sup> Cfr. art. 830, comma 2, c.p.c., il quale stabilisce che «[s]e il lodo è annullato per i motivi di cui all'art. 829, commi primo, numeri 5), 6), 7), 8), 9), 11) o 12), terzo, quarto o quinto, la corte d'appello decide la controversia nel merito salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente nella convenzione di arbitrato o con accordo successivo».

<sup>703</sup> NIGRO M., *L'appello*, cit., p. 144 s. In questi termini, sia pure in relazione alla distinzione tra gravami sostitutivi e gravami rescindenti, TAVORMINA V., *Impugnazioni sostitutive e impugnazioni rescindenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*,

---

1977, p. 651 ss., spec. p. 686, dove si afferma che sono ipotizzabili gravami sostitutivi a carattere limitato, nei quali è consentito il riesame di alcune soltanto delle questioni decise con la sentenza impugnata e, «reciprocamente, esistono gravami rescindenti a carattere illimitato, nei quali la rescissione della sentenza impugnata può conseguire all'esercizio da parte del giudice dell'impugnazione di poteri cognitori nella più lata misura immaginabile». Si ricorderà, del resto, che la qualificazione delle circostanze considerate dagli artt. 395 e 397 non già come vizi, bensì come indici di ingiustizia della sentenza impugnata, è considerata determinante da una parte della dottrina per qualificare la revocazione come gravame sostitutivo (cfr. spec. ATTARDI A., *La revocazione*, Padova, 1959, *passim*). L'impostazione è condivisa da CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili*, cit., pp. 195 ss., 581 ss., 626 ss., il quale, nella sua personale ricostruzione dei mezzi di impugnazione conformati partendo dai quattro momenti distintivi ai quali si è già fatto cenno (oggetto, pronuncia, cognizione, motivi), individua una più complessa correlazione tra motivi, oggetto e pronuncia. Ossia, si afferma che la rilevanza dei motivi si proietta in modo vario nello schema concettuale, dal momento che se la censura è libera, la cognizione è determinata dalla devoluzione automatica, sicché il rimedio ripropone lo stesso oggetto in funzione di una pronuncia sostitutiva; per converso, la critica vincolata può rispondere sia all'impugnazione sullo stesso oggetto e pronuncia sostitutiva, sia all'impugnazione con oggetto la sentenza e pronuncia rescindente. In altri termini, mentre esiste una relazione logica tra critica libera, impugnazione sullo stesso oggetto e pronuncia sostitutiva, alcuna relazione necessaria può configurarsi partendo dalla critica vincolata, la quale si atteggia diversamente secondo la scelta operata sul singolo mezzo di impugnazione. La critica vincolata può rispondere ad entrambe le categorie di impugnazione, presentando la seguente possibile correlazione: a) se i motivi sono requisiti per l'integrazione del potere di gravame, è concretato il modello dell'impugnazione sullo stesso oggetto, con devoluzione automatica e pronuncia sostitutiva; b) per converso, se i motivi sono funzionali alla limitazione della cognizione, è concretato il modello dell'impugnazione sulla sentenza, con cognizione determinata dall'iniziativa della parte e destinata a sfociare in una pronuncia rescindente (CERINO CANOVA A., *op. ult. cit.*, p. 582). Secondo l'A., i motivi di revocazione fungono da elementi costitutivi del potere di impugnazione, sicché il giudizio sui medesimi riguarderebbe l'esistenza o meno del potere, esaurendosi in una valutazione di ammissibilità, il cui esito positivo determinerebbe la rescissione della sentenza (CERINO CANOVA A., *op. ult. cit.*, p. 637 s.). L'impostazione dell'A. da ultimo citato merita di essere chiarita, perché non del tutto aderente rispetto alla prima corrente di pensiero richiamata: quest'ultima nega la sussistenza di un nesso di reciprocità tra previsione normativa di determinati motivi di impugnazione e carattere rescindente dell'impugnazione medesima (TAVORMINA V., *Impugnazioni sostitutive e impugnazioni rescindenti*, cit., p. 691), quella, invece, attribuisce autonoma rilevanza ai motivi nella ricostruzione delle categorie di impugnazione, riconoscendo però in termini astratti la compatibilità tra la critica vincolata e le impugnazioni sullo stesso oggetto e pronuncia sostitutiva, dipendendo la possibile correlazione dalla funzione dei motivi. Il dubbio riesce facilmente superabile quando l'elencazione dei motivi ricomprende, in tutto o in parte, fatti produttivi di nullità, i

Nell'impugnazione per nullità del lodo rituale, però, questo profilo si presenta piuttosto aderente alla categoria dogmatica di appartenenza. Invero, i motivi di impugnazione considerati nell'art. 829, comma 1, c.p.c. rappresentano tipiche e specifiche manifestazioni di vizi della pronuncia e/o del procedimento arbitrale, ossia peculiari ipotesi di difformità rispetto al modello legale.

Nell'economia di questo studio non occorre analizzare le caratteristiche dei singoli motivi di nullità del *dictum* arbitrale, tanto più che tale analisi è stata da altri già compiuta<sup>704</sup>. È sufficiente una loro sintetica concettualizzazione e razionalizzazione, assumendo che: *a*) alcuni motivi di impugnazione mettono in discussione la sussistenza del potere decisorio degli arbitri (art. 829, comma 1, numeri 1, 2 e 3); *b*) altri si fondano su vizi della pronuncia (art. 829, comma 1, numeri 4, 5, 8, 10, 11, 12); *c*) altri ancora su vizi del procedimento (art. 829, comma 1, numeri 6, 7 e 9), purché ritualmente eccepiti e non sanati in precedenza (arg. *ex art.* 829, comma 2).

Tali motivi appaiono largamente equivalenti a quelli che legittimano il ricorso per cassazione, delimitando l'ambito della *cognitio* con una estensione prossima al giudizio di Cassazione. Così, la seconda e la terza categoria di motivi (*b* e *c*) evocano, rispettivamente, le «nullità della sentenza [e] del procedimento» di cui discorre l'art. 360, comma 4, c.p.c., mentre analoga *ratio* può scorgersi tra la prima categoria (*a*) e i motivi di cui ai numeri 1 e 2 dell'art. 360, perché tutti strumentali alla verifica della sussistenza del potere decisorio in capo all'organo giudicante<sup>705</sup>. E se vi è concordia nel ritenere che i motivi di ricorso per Cassazione sottendano vizi di attività – oltre che di giudizio, nel caso di cui al n. 3 – la medesima conclusione sembra allora imporsi in relazione ai motivi considerati nell'art. 829.

---

medesimi risultando logicamente correlati all'impugnazione con oggetto la sentenza e pronuncia rescissoria.

<sup>704</sup> V., spec., MARINUCCI E., *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009, *passim*; SERRA M. L., *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, Napoli, 2016, *passim*.

<sup>705</sup> La simmetria tra i motivi di ricorso per Cassazione e i motivi di impugnazione per nullità del lodo rituale è ben messa in evidenza da MARINUCCI E., *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., p. 6 s. Un parallelismo tra il giudizio di nullità e il giudizio di Cassazione, soprattutto in relazione ai profili strutturali, è sottolineato da POLI R., *Sull'oggetto del giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 629 ss., spec. p. 643.

Anche il dato letterale sembra deporre inequivocabilmente in tal senso, discorrendo di «vizio [...] del lodo», al primo comma dell'art. 830.

Le conclusioni così raggiunte su di un piano riassuntivo e concettualizzante consentono di evitare una diretta presa di posizione intorno alla natura del giudizio di impugnazione per nullità: invero, i tratti peculiari del rimedio *de quo* rendono precario qualunque tentativo qualificatorio connotato da rigide implicazioni sul piano della struttura, dell'oggetto e della disciplina applicabile<sup>706</sup>.

### **4.3 I meccanismi di formazione dell'oggetto del giudizio di impugnazione per nullità del lodo rituale.**

#### *4.3.1 La quaestio (dell'an e del quantum) dell'effetto devolutivo nelle impugnazioni con funzione eliminativa.*

Così individuata la funzione dell'impugnazione per nullità del lodo rituale, si tratta adesso di ricostruire la disciplina cognitoria del giudizio di impugnazione, individuando i meccanismi di formazione dell'oggetto del giudizio, con particolare riferimento alla devoluzione (delle domande e) del materiale di cognizione già oggetto del giudizio arbitrale.

---

<sup>706</sup> In proposito è d'uopo ricordare che la dottrina più recente riconosce all'impugnazione per nullità la qualifica di impugnazione in senso stretto, ma non mancano diversi tentativi qualificatori. Queste, in sintesi, le posizioni più rappresentative: (a) giudizio di unico grado (PUNZI C., voce *Arbitrato*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1995, p. 43; ID., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2000, p. 177; come nota RUFFINI G., *La divisibilità del lodo arbitrale*, Padova, 1993, p. 98, questa impostazione va ricondotta alla nozione tradizionale e storica dell'impugnazione per nullità, concepita come un meccanismo attraverso il quale veniva provocata l'eliminazione degli effetti del lodo a seguito della dichiarazione di esecutività); (b) anticipazione del giudizio di legittimità (CONSOLO C., *L'impugnazione delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2008, p. 301; per una sostanziale equiparazione tra l'impugnazione per nullità e il giudizio di cassazione anche VACCARELLA R., *Lodo rituale e sospensione dell'esecutività dopo la riforma*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 696 ss.); (c) impugnazione *sui generis* non omologabile alle impugnazioni avverso le sentenze (ZUCCONI GALLI FONSECA E., *sub art. 828*, in *Aa. Vv.*, *Arbitrato. Titolo VIII libro IV codice di procedura civile – artt. 806-840*, diretto da CARPI F., Bologna, 2007, p. 687; MARINUCCI E., *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., *passim*).



L'assenza di chiare indicazioni nell'ambito del sistema normativo di riferimento<sup>707</sup> induce, anche in questo caso, a servirsi degli strumenti offerti dalla teoria dei mezzi di impugnazione, onde provare a raggiungere attraverso essi risultati più sicuri in ordine all'oggetto e ai limiti della cognizione nel giudizio di impugnazione per nullità del *dictum* arbitrale.

La duplice premessa appena formulata già suggerisce un dato, ossia la necessità di chiarire il significato da riservare all'espressione «effetto devolutivo», in relazione alla quale la dottrina ha inteso riferirsi a fenomeni notevolmente differenti tra loro.

i) Secondo una prima impostazione, devoluzione è il trasferimento della cognizione della causa in senso stretto, affinché il giudice del gravame possa deciderla direttamente e immediatamente<sup>708</sup>. A questo significato della nozione è stata rivolta la critica che identificando l'effetto devolutivo con la *traslatio iudicii* si finirebbe per scambiare l'effetto (devoluzione) per la causa (*traslatio*), la quale è produttiva di quello come di altri effetti<sup>709</sup>.

ii) Altra prospettiva tende a riportare nell'area dell'effetto devolutivo l'ammissibilità dei *nova* in sede di gravame, ossia la possibilità, concessa alle parti, di produrre nuovi documenti e di richiedere l'ammissione di nuove prove<sup>710</sup>. Anche questa nozione non si è sottratta a critiche penetranti, rilevandosi che la medesima andrebbe riferita ai poteri del giudice, mentre l'ammissibilità dello *ius novorum* concerne un ampliamento delle facoltà delle parti<sup>711</sup>.

iii) Infine, si è intesa la nozione di devoluzione in corrispondenza con la disciplina cognitoria del rimedio, riferendola al passaggio del materiale di cognizione dal procedimento precedente a quello

---

<sup>707</sup> Evidenzia le lacune del sistema normativo dedicato all'impugnazione per nullità anche POLI R., *Sull'oggetto del giudizio d'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, cit., p. 629.

<sup>708</sup> CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Roma, p. 528. Per una sintesi di questa prima accezione, v. BONSIGNORI A., *Critica dell'effetto devolutivo in senso generico e astratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 645; NIGRO M., *L'appello*, cit., p. 400.

<sup>709</sup> NIGRO M., *L'appello*, cit., p. 401; conf., BONSIGNORI A., *Critica dell'effetto devolutivo*, cit., p. 646.

<sup>710</sup> VELLANI M., *Appello (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 728; FERRI C., *Profili dell'appello limitato*, Padova, 1979, spec. p. 8. Per una sintesi di questo significato della nozione di «effetto devolutivo» v. anche RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996, p. 72; BIANCHI L., *I limiti oggettivi dell'appello civile*, Padova, 2000, p. 4, nota 7.

<sup>711</sup> BONSIGNORI A., *Critica dell'effetto devolutivo*, cit., p. 648.

d'impugnazione<sup>712</sup>. È questa l'accezione che sembra godere di maggiore adesione nella dottrina, anche più recente, la quale – sia pure con esiti non sempre convergenti – riconduce l'effetto devolutivo al profilo cognitorio del giudizio di impugnazione.

Progredendo nell'indagine intrapresa, è d'obbligo un duplice avvertimento.

In primo luogo, la nozione di devoluzione da ultimo indicata, almeno nel suo significato tradizionale, sembra essere stata ridotta esclusivamente alle ipotesi in cui la riemersione del materiale cognitorio nel successivo grado di giudizio sia *piena e totale*, risultando esclusa quando la riemersione sia ricollegata dalla legge all'iniziativa di parte<sup>713</sup>. In secondo luogo, si è escluso che l'effetto devolutivo possa ipotizzarsi nelle impugnazioni con funzione eliminativa, nelle quali non vi è corrispondenza tra l'oggetto del procedimento precedente e quello d'impugnazione, quest'ultimo risultando circoscritto alla cognizione delle censure mosse alla sentenza<sup>714</sup>.

Dunque, i *gravami con funzione rinnovatoria* e il *carattere devolutivo* dell'impugnazione sarebbero rigidamente implicati da un

---

<sup>712</sup> NIGRO M., *L'appello*, cit., p. 402. Ricollegano l'effetto devolutivo alla disciplina cognitoria del rimedio anche ATTARDI A., *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, in *Giur. it.*, 1961, IV, p. 145 ss.; CERINO CANOVA A., CONSOLO C., *Impugnazioni*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1993, p. 7 e, più di recente, BIANCHI L., *I limiti oggettivi dell'appello civile*, cit., p. 6.

<sup>713</sup> Su quest'ultimo profilo, BONSIGNORI A., *Critica dell'effetto devolutivo in senso generico e astratto*, cit., p. 631.

<sup>714</sup> L'esclusione dell'effetto devolutivo nelle impugnazioni con funzione eliminativa ha radici storiche, in quanto risulta influenzata, per un verso, dall'assetto normativo derivante dal codice di rito previgente e, per altro verso, dalla storica contrapposizione dogmatica tra azioni di impugnazione e mezzi di gravame. Invero, sotto l'egida del codice di rito del 1865, il ricorso per Cassazione era annoverato tra i mezzi straordinari di impugnazione, con la conseguenza che risultava esperibile solo avverso le sentenze di appello passate in giudicato. Da ciò derivava la configurazione del rimedio come impugnazione avente ad oggetto il diritto potestativo della parte ad ottenere l'annullamento della sentenza e la conseguente sottrazione, al giudizio di Cassazione, dei profili relativi al merito della controversia. Ma l'incompatibilità tra l'effetto devolutivo e i rimedi con funzione rescindente risulta riconosciuta anche nelle riflessioni dottrinali maturate sotto il vigore dell'attuale codice di rito. Cfr., in particolare, CERINO CANOVA A., CONSOLO C., *Impugnazioni*, cit., p. 7, nonché NIGRO M., *L'appello*, cit., p. 136 s., dove si afferma che «solo nel gravame con funzione rinnovatoria si verificano il c.d. effetto devolutivo e l'effetto traslativo».

reciproco nesso, così come i *gravami con funzione eliminatoria* e il *carattere non devolutivo* dell'impugnazione.

Non sorprende, dunque, per un verso, che l'esame dell'effetto devolutivo sia stato condotto per lo più nell'ambito degli studi sull'oggetto dell'appello e, per altro verso, che sia stata esclusa l'estensione del concetto di devoluzione al giudizio di rinvio e, ancor di più, al giudizio di Cassazione.

Ora, già sul piano delle costruzioni logicamente possibili, la duplice correlazione appena indicata si lascia agevolmente superare.

Quanto ai rimedi con funzione rinnovatoria, è sufficiente osservare che la riproduzione, in sede di impugnazione, del medesimo oggetto del precedente grado di giudizio può dirsi logicamente compatibile con un esame limitato ad alcune soltanto delle questioni sostanziali rilevanti nel quadro della *cognitio causae* e con una limitazione dei poteri cognitivi del giudice dell'impugnazione<sup>715</sup>.

Pur senza indagare il complesso rapporto esistente tra il meccanismo di acquiescenza tacita qualificata regolato dall'art. 329, comma 2, e quello della riproposizione mera dell'art. 346 c.p.c.<sup>716</sup>, è

---

<sup>715</sup> COMASTRI M. A., *Giudizio di cassazione e poteri officiosi in ordine alle questioni di merito*, Torino, 2012, p. 92 ss.; RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., spec. p. 71, dove si afferma che «all'ordinamento vigente non è estranea la possibilità, che il giudice pronunci sul rapporto anche quando gli sia sottratto l'esame di talune questioni sostanziali, ovvero gli sia imposta la definizione che di essi altri abbia adottato», sicché «diviene necessario ammettere che l'aver individuato nell'appello un giudizio sul medesimo oggetto del primo grado non comporta inevitabilmente la cognizione diretta ed immediata del giudice *ad quem*: l'ampiezza della quale, invece, occorre sia ricostruita sulla considerazione principale e privilegiata delle norme del codice».

<sup>716</sup> Si ricorderà che l'orientamento tradizionale riteneva che l'effetto devolutivo fosse consacrato per l'appello dall'art. 346 c.p.c., secondo cui si intendono rinunciate le domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado e non espressamente riproposte in appello (ATTARDI A., *Note sull'effetto devolutivo*, cit., *passim*; conf., CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili*, cit., p. 584, nota 34; CERINO CANOVA A., CONSOLO C., *Impugnazioni*, cit., p. 7). Secondo questa opzione, «le parti debbono proporre espressamente in appello le sole questioni respinte in primo grado, incorrendo altrimenti nella presunzione di rinuncia sancita dall'art. 346. Pertanto si devolvono automaticamente sia le questioni accolte, che restano comunque radicate al giudizio di gravame, sia quelle respinte od assorbite, le quali ultime vengono escluse solo in conseguenza dell'inerzia della parte interessata» (CERINO CANOVA A., CONSOLO C., *op. loc. cit.*). In termini analoghi, ATTARDI A., *op. ult. cit.*, p. 156 ss., il quale desume dall'art. 346 la devoluzione automatica di motivi ed eccezioni nell'ambito del capo di domanda oggetto dell'impugnazione. Contro questo percorso argomentativo si è rilevato che «l'interpretazione *a contrario*, se pure in tal caso ammissibile, non può condurre a

sufficiente pensare all'inevitabile restrizione della cognizione che si determina in appello quando la sentenza impugnata è stata preceduta da una altra non definitiva passata in giudicato<sup>717</sup>.

In relazione, invece, ai rimedi con funzione eliminatória, è agevole constatare, per un verso, che anch'essi perseguono lo scopo di consentire la rinnovazione della decisione sulla controversia originaria, sia pure previa eventuale rimozione della sentenza impugnata<sup>718</sup>, e, per altro verso, che la pronuncia rescindente può risolversi nella fissazione di una delle componenti logiche della futura statuizione sulla controversia<sup>719</sup>.

In proposito, è sufficiente considerare che le valutazioni censorie della Corte di cassazione diventano imperativi per il giudice del rinvio, perché compiute in vista della nuova pronuncia sul merito della lite<sup>720</sup>. Il valore positivo che assumono il principio di diritto (arg. ex art. 393 c.p.c.) e gli altri apprezzamenti formulati a seguito dell'accoglimento del ricorso si spiega nell'ottica della partecipazione della Cassazione ad una frazione (più o meno ampia, a seconda del numero delle questioni decise) del giudizio sulla controversia, determinandosi uno stretto legame tra le valutazioni della Corte e quelle del giudice del rinvio<sup>721</sup>. Ma anche il potere di esaminare

---

risultati sicuri: ed infatti dall'art. 346 potrebbe dedursi esclusivamente che le ragioni della domanda e le eccezioni accolte, se pur non riproposte, non devono intendersi rinunciate. Ma ciò non consente di stabilire se esse formino perciò materia di un nuovo esame e quindi costituiscano oggetto di devoluzione automatica, ovvero siano sottratte al nuovo giudizio e perciò si impongano al giudice di appello secondo la ricostruzione per esse adottata nella prima sentenza» (RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 77). Per la ricostruzione del significato dell'art. 346 nella prospettiva dell'A. da ultimo citato, v. spec. p. 137 ss., dove si afferma che la disposizione debba essere correlata alle domande in senso tecnico e alle singole fattispecie costitutive, impeditive, modificative e estintive rimaste prive di una corrispondente statuizione nella sentenza impugnata.

<sup>717</sup> RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 68 s.

<sup>718</sup> COMASTRI M. A., *Giudizio di cassazione*, cit., p. 54.

<sup>719</sup> COMASTRI M. A., *Giudizio di cassazione*, cit., p. 62.

<sup>720</sup> GAMBINERI C., *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, cit., p. 50, nota 104, dove vengono richiamate le riflessioni di RICCI E. F., *Il giudizio civile di rinvio*, Milano, 1967, p. 238 ss.

<sup>721</sup> GAMBINERI C., *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, cit., p. 99; COMASTRI M. A., *Giudizio di cassazione*, cit., p. 63. Si ricorderà che l'efficacia vincolante del principio di diritto costituisce una delle più importanti novità rispetto al codice di rito del 1865, segnando il passaggio da un giudizio di carattere meramente strumentale e negativo, ad un giudizio anche positivo, perché quel principio rappresenta il primo tassello del successivo giudizio rescissorio sul merito

d'ufficio la ricorrenza degli impedimenti processuali (soggetti a valutazione officiosa in ogni stato e grado del giudizio) prima e indipendentemente dall'annullamento della sentenza impugnata, la regola del controllo di causalità dell'errore di diritto relativo al

---

della lite. Il carattere meramente negativo e ablatorio del giudizio di Cassazione nell'impianto codicistico del 1865 costituisce una delle ragioni per le quali nella dogmatica dei mezzi di impugnazione avverso le sentenze (soprattutto se impostata sulla base della distinzione tra azioni di impugnativa e mezzi di gravame) si tende ad escludersi ogni effetto devolutivo alle impugnazioni con funzione rescindente. Si tratta, come già messo in evidenza nel testo, di conclusioni influenzate da dati storicamente determinati, perché l'attuale disciplina delle possibili pronunce della Corte di cassazione induce a scorgere un legame tra il giudizio di Cassazione e il successivo *judicium rescissorium*, suggerendo l'idea di una, sia pur parziale, devoluzione della *cognitio causae*. In questa prospettiva, si segnala la posizione più radicale di COMASTRI M. A., *op. cit.*, spec. p. 51 ss., il quale, attraverso una interpretazione funzionale dell'istituto della correzione della motivazione ex art. 360, comma 4, c.p.c., riconosce all'odierno giudizio di Cassazione la natura di gravame tendenzialmente sostitutivo e connotato da un *immediato* effetto devolutivo della controversia decisa nei gradi precedenti (il quale giudizio, pertanto, si distinguerebbe dall'appello solo in ragione dei limiti del sindacato e della struttura del rimedio).

Si badi che i rilievi sin qui formulati non incidono sul *diverso* tema del rapporto tra giudizio di Cassazione e giudizio di rinvio, sul quale diverse teorie sono state formulate in dottrina. Basti ricordare, in proposito, che secondo un primo punto di vista, il giudizio di rinvio rappresenta una fase ulteriore di giudizio autonoma sia rispetto al giudizio di Cassazione, sia rispetto al pregresso giudizio di appello (per questa opzione, più di recente, PANZAROLA A., *La Cassazione civile giudice del merito*, cit., II, p. 609, nota 1744, e p. 844, testo e note), mentre, secondo altra prospettiva, il giudizio di rinvio avrebbe sempre una funzione prosecutoria, rappresentando la fase rescissoria del giudizio di Cassazione (GAMBINERI B., *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, cit., *passim*, spec. p. 84, dove però vengono sottratti da questa configurazione i casi di erronea chiusura in rito del giudizio di appello, in ragione della sopravvivenza della sentenza di primo grado per inidoneità della sentenza di appello a produrre l'effetto c.d. sostitutivo). Per un diverso inquadramento del rapporto tra giudizio di Cassazione e giudizio di rinvio, in dipendenza del vizio che ha motivato la cassazione della sentenza, v. RICCI E. F., *Il giudizio civile di rinvio*, cit., *passim*; l'A., come è noto, ricostruisce il giudizio di rinvio separando il giudizio restitutorio, che si avrebbe a seguito dell'accoglimento del ricorso ai sensi del n. 4 dell'art. 360 (ossia, per vizi di attività), dal ricorso c.d. prosecutorio, derivante dall'accoglimento del ricorso ai sensi dei numeri 3 e 5 dell'art. 360 (dunque, per vizi di giudizio). Come si diceva, si tratta di un tema che, seppur connesso ai rilievi sin qui svolti, non incide sul ragionamento che si va conducendo, il quale mira più semplicemente a dimostrare che la Corte di cassazione può partecipare al giudizio di merito e, dunque, che il *meritum causae* non sia del tutto estraneo al giudizio di cassazione, benché l'impugnazione che origina quel giudizio abbia una funzione prevalentemente eliminatória.

giudizio di merito con conseguente potere di correzione (art. 384, comma 4, c.p.c.), nonché la (sia pur limitata) possibilità di decisione nel merito della lite (art. 384, comma 2), suggeriscono l'idea della tendenziale apertura dell'oggetto del giudizio di Cassazione alla *cognitio causae*<sup>722</sup>.

Per concludere, appaiono utili ulteriori rilievi generali, volti ad isolare due caratteri tradizionalmente collegati all'effetto devolutivo, ossia la *pienezza* e l'*immediatezza* di esso.

In primo luogo, l'automatico passaggio del materiale cognitorio dal procedimento precedente a quello dell'impugnazione non è rigidamente alternativo alla riemersione su iniziativa di parte, potendo le due cause di riemersione combinarsi reciprocamente, secondo schemi di devoluzione basati sulla correlazione tra devoluzione automatica e iniziativa di parte<sup>723</sup>. Inoltre, la devoluzione della

---

<sup>722</sup> Su questi profili, rispettivamente, RICCI E. F., *L'esame d'ufficio degli impedimenti processuali nel giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 418 ss.; PANZAROLA A., *La Cassazione civile giudice del merito*, II, cit., *passim*. Questi rilievi sono valorizzati da COMASTRI M. A., *op. cit.*, *passim*, per superare l'opzione secondo cui nel giudizio di cassazione l'effetto devolutivo sarebbe condizionato (ovvero, logicamente successivo) all'eventuale accoglimento dell'impugnazione.

<sup>723</sup> CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili*, cit., p. 254, nota 7, e p. 275 ss. per un esame delle possibili combinazioni degli schemi di devoluzione. In estrema sintesi, secondo la ricostruzione proposta dall'A., la correlazione tra devoluzione automatica e iniziativa di parte può esprimersi su due piani: *a*) l'iniziativa di parte può riflettersi su fatti diversi rispetto a quelli investiti dalla cognizione (devoluzione ampliata per estensione dall'iniziativa di parte); *b*) può sollecitare un più penetrante apprezzamento rispetto a ciò che questa produce (devoluzione ampliata per profondità dall'iniziativa di parte). Lo schema *a*) può, poi, scomporsi in due ulteriori possibilità: *a.1*) l'impugnazione può tradurre automaticamente il fatto costitutivo, sicché l'iniziativa di parte può estendere la cognizione ai fatti modificativi o impeditivi; *a.2*) la traduzione *ex lege* riguarda i fatti considerati in sentenza, sicché l'iniziativa di parte può investire i fatti non considerati. Ora, collegando *devoluzione* ed *oggetto*, si osserva che gli schemi di devoluzione appena illustrati appaiono armonizzabili sia con l'idea del mezzo di impugnazione sullo stesso oggetto, sia con l'idea dell'impugnazione sulla sentenza. Ma sarebbe anche possibile una graduazione della compatibilità. Prima di illustrarla, occorre avvertire che secondo l'A., un gravame sul medesimo oggetto non sarebbe logicamente compatibile con uno schema di devoluzione che riserva ad una o ad entrambe le parti l'iniziativa per la riemersione dei materiali di causa, perché non potrebbe essere sempre assicurato quel nucleo minimo di cognizione necessario per una valutazione esauriente del rapporto controverso. Si afferma, così, che lo schema *a.1*) suggerisce l'idea di una impugnazione sullo stesso oggetto, perché l'automatica traduzione del fatto costitutivo consente di rinnovare il giudizio sulla causa mentre, nella prospettiva dell'impugnazione sull'oggetto della sentenza, una discriminazione dei fatti basata sui loro effetti sostanziali riuscirebbe poco giustificata. Per un esame congiunto di

controversia può avvenire *ilico et immediate*, in conseguenza della semplice proposizione dell'impugnazione, oppure può consistere in un effetto destinato a dispiegarsi al momento e nel caso dell'accoglimento della domanda di impugnazione<sup>724</sup>.

È giocoforza concludere, pertanto, che su un piano astratto l'effetto devolutivo, secondo le diverse combinazioni e i diversi contenuti possibili, per estensione e per profondità<sup>725</sup>, è logicamente compatibile sia con i rimedi destinati a rinnovare la cognizione della causa, sia con i rimedi aventi per lo più funzione eliminatoria.

---

oggetto, pronuncia, motivi e cognizione, v. anche p. 573 ss. Occorre poi soggiungere, in chiusura, che lo schema di devoluzione *b*) presuppone che le soluzioni di questioni contenute nella sentenza impugnata non possano essere disattese dal giudice dell'impugnazione in mancanza di una specifica iniziativa di parte, ossia che gli effetti giuridici riconnessi ai fatti considerati in sentenza si riproducano come vincolanti e che l'iniziativa di parte abbia lo scopo di rinnovare il loro esame in sede di impugnazione. In questo caso, l'effetto vincolante seguirebbe ad un effetto devolutivo automatico delle questioni medesime, ad esso necessariamente anteriore. Sul punto, CERINO CANOVA A., *op. ult. cit.*, p. 283, RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 71, nota 42.

<sup>724</sup> COMASTRI M. A., *Giudizio di cassazione*, cit., p. 70 s.

<sup>725</sup> Sul diverso modo di concepire, dal punto di vista contenutistico, l'effetto devolutivo, secondo lo schema puro della devoluzione automatica, v. CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili*, cit., p. 256 ss. In particolare, la variazione può alternativemente concepirsi: *a*) per estensione, nel qual caso la devoluzione può concepire i fatti considerati nella sentenza (*a.1*) ovvero tutti i fatti introdotti nel precedente grado di giudizio (*a.2*); *b*) per profondità, laddove la devoluzione può essere ricollegata alle sole conseguenze giuridicamente rilevanti (*b.1*) ovvero può inserire anche gli elementi necessari alla dimostrazione del fatto (*b.2*). Secondo la ricostruzione dell'A., i due profili presenterebbero una reciproca connessione. Invero, se i fatti devono essere recepiti secondo la ricostruzione per essi già formulata (*b.1*), vuol dire che la devoluzione è limitata ai soli fatti considerati in sentenza (*a.1*). Dunque, lo schema *b.1* implica quello indicato con *a.1*. Ma vale anche la relazione inversa, ossia se la devoluzione opera soltanto per i fatti considerati in sentenza, la rivalutazione nell'impugnazione si circoscrive alle sole conseguenze della ricostruzione precedentemente operata, ferma la ricostruzione medesima (*b.1*). Dunque, *a.1* implica *b.1*. Gli schemi della devoluzione automatica, nei diversi contenuti per estensione e per profondità, sono, pertanto, così sintetizzabili: devoluzione di tutti gli elementi cognitori per una piena valutazione in gravame (*a.2* e *b.2*); riemersione dei soli fatti accertati in sentenza e secondo la ricostruzione storica di questa (*a.1* e *b.1*).

#### 4.3.2 *I meccanismi di tradizione del materiale cognitorio dal giudizio arbitrale al giudizio di impugnazione: considerazioni di portata generale.*

Da questo rapido *excursus* possono desumersi due premesse del successivo ragionamento: *i*) la funzione eliminatoria del rimedio impugnatorio non esclude l'automatica riemersione del materiale di causa (l'effetto devolutivo, appunto), sia pure con le dovute variazioni necessarie ad adattare gli schemi cognitori all'oggetto dell'impugnazione; *ii*) la devoluzione automatica può combinarsi con l'iniziativa di parte, secondo schemi di riemersione diversamente modulabili dal diritto positivo, anche in dipendenza della funzione del rimedio.

Questa duplice premessa suggerisce la direzione della successiva trattazione, laddove si tenterà di verificare quali schemi di riemersione possano desumersi dalla disciplina e (soprattutto) dalla funzione del giudizio di impugnazione per nullità del lodo rituale.

A scanso di fraintendimenti, è bene precisare sin da ora che il tema dei meccanismi di tradizione del materiale cognitorio dal giudizio arbitrale al giudizio di impugnazione e, più in generale, dei meccanismi che presiedono la formazione dell'oggetto dell'impugnazione per nullità *ex artt.* 827 ss., si pone *vuoi* per la fase rescindente, *vuoi* per l'eventuale fase rescissoria.

Vero è che la fase rescindente è funzionale all'accertamento dei vizi, riconducibili ai motivi tassativamente indicati dall'art. 829, denunciati dall'impugnante, ma è difficile non riconoscere che attraverso i medesimi si determini la fissazione di una delle componenti logiche della successiva statuizione sulla controversia<sup>726</sup>. Ciò è ben evidente quando il giudice dell'impugnazione sia chiamato a verificare l'esistenza di errori di giudizio, perché quel primo accertamento determina la premessa della successiva decisione nel merito della controversia (o, se si vuole ancora ricondurre il ragionamento giudiziale nello schema sillogistico, quell'accertamento costituisce la premessa maggiore, mentre la fase rescissoria sarà destinata alla formazione della illazione o conclusione). Ma un analogo ragionamento può essere svolto anche nei casi in cui l'accoglimento dell'impugnazione avvenga per i motivi di cui al primo comma dell'art. 829, perché quella pronuncia di annullamento

---

<sup>726</sup> In questi termini, con riferimento alla fase rescindente del giudizio di Cassazione, COMASTRI M. A., *Giudizio di Cassazione*, cit., p. 62.



del lodo costituisce un punto dell'*iter* formativo della statuizione finale relativa al rapporto giuridico controverso, con una efficacia eziologica paragonabile a quella delle statuizioni che affermano l'esistenza dei presupposti processuali e/o delle condizioni dell'azione.

Quanto alla fase rescissoria, è sufficiente rilevare – anticipando i risultati della successiva analisi – che il superamento del principio dell'indivisibilità del lodo arbitrale e la riscrittura del comma 1 dell'art. 830 c.p.c. inducono, oggi, a ritenere che la fase rescindente determina la misura del successivo *judicium rescissorium*.

Queste osservazioni non si pongono in contrasto con la qualificazione che si è inteso attribuire all'impugnazione per nullità del *dictum* arbitrale, perché la categoria dogmatica del *rimedio con funzione eliminativa* presenta una intrinseca flessibilità e consente di modulare diversamente i profili strutturali, collocando nei rimedi con funzione ablativa uno o più elementi tradizionalmente riconducibili nella categoria delle impugnazioni con funzione rinnovatoria, come la cognizione di frazioni più o meno ampie della *cognitio causae*.

Qualificata l'impugnazione per nullità come rimedio con funzione ablativa ed accertativa del vizio del *dictum* arbitrale, ma con possibilità di devoluzione di componenti più o meno ampie della *cognitio causae*, bisogna comprendere quali meccanismi concorrono a determinare il materiale cognitorio nel giudizio di impugnazione.

Se si passa ad esaminare la disciplina dell'impugnazione per nullità, ci si avvede immediatamente che gli elementi offerti dalla legge in proposito sono alquanto limitati<sup>727</sup>. In particolare, dagli artt. 828 e 829 si evince *a)* che la pendenza del giudizio dinanzi al giudice togato richiede il compimento di un atto censorio di parte entro un duplice e alternativo termine perentorio, *b)* che l'iniziativa impugnatoria deve fondarsi su almeno uno dei vizi tassativamente indicati dalla legge. Da questi rilievi – nonché dalla funzione prevalentemente eliminativa del rimedio – si potrebbero ricavare, in via deduttiva, questi ulteriori elementi, ossia *c)* che l'ambito della cognizione, almeno nella fase rescindente, è rigidamente fissata dai motivi posti a base dell'impugnazione; *d)* infine, che i motivi

---

<sup>727</sup> POLI R., *Sull'oggetto del giudizio d'impugnazione per nullità del lodo rituale*, cit., p. 632.

medesimi, per raggiungere il loro scopo, devono essere formulati in modo specifico<sup>728</sup>.

Nulla la legge dice in relazione agli oneri incombenti sulla parte nei cui confronti è proposta impugnazione, sull'esistenza di ulteriori meccanismi di formazione del materiale cognitorio nella fase rescindente, sull'oggetto del giudizio e sull'ambito della *cognitio* della fase rescissoria.

La giurisprudenza risolve il vuoto legislativo attraverso il richiamo alla disciplina dell'appello<sup>729</sup>, ma l'opzione non è risolutiva, se non altro perché occorrerebbe distinguere le norme volte a disciplinare specificamente *il processo* davanti alla Corte di appello da quelle relative al *giudizio di appello* in quanto tale. Mentre le prime possono ritenersi applicabili perché proprie dell'organo investito del giudizio impugnatorio, le seconde dovrebbero invocarsi solo in quanto compatibili con le caratteristiche dell'impugnazione per nullità, la quale, diversamente dall'appello, svolge in primo luogo una funzione eliminatoria.

Ciò comporta che il richiamo del sistema normativo dedicato all'appello non deve imporsi come un *prius*, ma deve essere preceduto da una verifica di compatibilità con la funzione e con la struttura dell'impugnazione per nullità.

---

<sup>728</sup> POLI R., *op. ult. cit.*, p. 634; ZUCCONI GALLI FONSECA E., *sub art.* 828, in AA. VV., *Arbitrato. Titolo VIII libro IV codice di procedura civile – artt. 806-840*, diretto da CARPI F., Bologna, 2007, p. 697. In giurisprudenza si afferma che «nel giudizio, a critica vincolata e proponibile entro i limiti stabiliti dall'art. 829 c.p.c., di impugnazione per nullità del lodo arbitrale vige la regola della specificità della formulazione dei motivi, attesa la sua natura rescindente e la necessità di consentire al giudice, ed alla controparte, di verificare se le contestazioni proposte corrispondano esattamente a quelle formulabili alla stregua della suddetta norma» (Corte d'Appello Potenza, sentenza 10 agosto 2017; sulla specificità dei motivi di impugnazione, Cass. 7 agosto 2019, n. 21058; Cass. 18 ottobre 2013, n. 23675).

<sup>729</sup> Tra le più recenti, Cass. 22 maggio 2019, n. 13927. Il rinvio alle disposizioni sull'appello è stato affermato a più riprese: *i*) in tema di impugnazione incidentale (Cass. 1 marzo 2012, n. 3229; Cass. 12 luglio 1990, n. 7214); *ii*) con riguardo alla domanda riconvenzionale e alla composizione del giudice (Cass. 7 febbraio 2001, n. 1731); *iii*) in tema di intervento di terzo (Cass. 30 novembre 2017, n. 28827); *iv*) con riguardo al regime delle prove (Cass. 22 maggio 2013, n. 12544; Cass. 24 aprile 2003, n. 6517); *v*) in ordine all'effetto espansivo interno *ex art.* 336, comma 1, c.p.c. (Cass. 4 giugno 2012, n. 8919; Cass. 10 agosto 2007, n. 17631). Sul tema dell'applicabilità delle disposizioni sull'appello civile, v. anche ATTERITANO A., *Note sul giusto procedimento davanti alla Corte d'appello (a proposito del giudizio di nullità del lodo)*, in *Giust. civ.*, 2004, p. 1314 ss.

Si tenterà, dunque, di rinvenire altrove gli elementi ricostruttivi dei profili, poco sopra enunciati, carenti di una apposita disciplina.

4.3.3 *Tentativi ricostruttivi dei meccanismi di formazione dell'oggetto (qualitativo) del giudizio di impugnazione per nullità del lodo rituale (innanzi all'evidente deficit normativo). In particolare, la querelle interpretativa sulla locuzione «parte di sentenza» e la sua rilevanza nell'indagine sulla latitudine della cognizione dello iudex nullitatis.*

Sul piano logico, l'automatica devoluzione di (parte del) materiale cognitorio dal giudizio arbitrale al giudizio di impugnazione può prodursi solo fino al punto oltre il quale è necessaria l'impugnazione della parte<sup>730</sup>. Ne consegue che una non completa iniziativa censoria della parte onerata determina la correlativa e contraria sottrazione, al giudice dell'impugnazione, del materiale di cognizione al quale si riferisce la parte di pronuncia non impugnata.

Dunque, l'effetto devolutivo è intrinsecamente legato al meccanismo dell'acquiescenza tacita qualificata ex art. 329, comma 2, perché esso provoca una riduzione dell'oggetto del processo e del materiale di causa in corrispondenza di una iniziativa impugnatoria parziale<sup>731</sup>.

Nell'economia del presente studio, l'applicabilità, all'impugnazione per nullità del loro rituale, della disciplina sulle impugnazioni in generale (artt. 323 – 338 c.p.c.) può essere considerata pacifica, tanto più che la solidità di tale conclusione è già stata da altri dimostrata, con una articolata analisi sistematica<sup>732</sup>. Qui è sufficiente osservare che un ulteriore e più recente dato normativo depone in tal senso, vale a dire l'esplicito riconoscimento, al lodo non omologato, di una capacità effettuale coincidente con quella della sentenza, ad eccezione dei soli effetti esecutivi (art. 824 bis)<sup>733</sup>.

---

<sup>730</sup> NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., p. 406.

<sup>731</sup> NIGRO M., *op. ult. cit.*, p. 407; BONSIGNORI A., *Critica dell'effetto devolutivo in senso generico e astratto*, cit., p. 631.

<sup>732</sup> Cfr. BOCCAGNA S., *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, 2005, *passim*. Sul punto, v. anche CALIFANO G. P., *Le vicende del lodo: impugnazioni e correzione*, in AA. VV., *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di VERDE G., Torino, 1997, p. 281.

<sup>733</sup> AULETTA F., *sub art. 824 bis*, in AA. VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 420.

Ne consegue che, così come accade per le impugnazioni delle sentenze, anche in relazione al rimedio in esame i margini di riemersione del materiale cognitorio sono influenzati dall'onere di impugnazione, e dal suo rovescio, che è l'acquiescenza parziale: quanto più è ampia la misura dell'onere censorio, tanto più è ridotto il terreno della devoluzione.

I principi appena illustrati trovano una specifica manifestazione nel sistema normativo dell'impugnazione per nullità: l'art. 830, comma 1, prevede infatti che la Corte di appello possa dichiarare «la nullità parziale del lodo» in presenza di un vizio che incide solo «su una parte del lodo che sia scindibile dalle altre».

L'analisi di questa disposizione – e del principio di divisibilità del *dictum* arbitrale che essa sottende – verrà svolto più innanzi, perché essa svolge un ruolo significativo in relazione al tema dell'oggetto del giudizio nella fase rescissoria. Adesso sembrano di maggiore importanza alcune considerazioni esegetiche.

L'art. 830, comma 1, seconda parte, sotto il profilo strettamente letterale, è accostabile all'art. 329, comma 2: entrambe le disposizioni ospitano la nozione di «parte», ossia di una frazione del provvedimento decisorio, rispettivamente del lodo e della sentenza.

Questi rilievi contribuiscono a rispolverare la nota *querelle* interpretativa sulla locuzione «parte di sentenza», volta a verificare se la medesima debba essere riferita alle sole decisioni su domande ovvero anche alle soluzioni di questioni. In termini più esatti, si ripropone il tema della scomposizione delle «unità elementari»<sup>734</sup> in cui si scinde il provvedimento decisorio in vista *vuoi* del suo contenuto, *vuoi* dell'oggetto di cognizione della fase impugnatoria: solo sul piano orizzontale (contenuto imperativo, vale a dire le singole statuizioni su domande) o anche sul piano verticale (presupposti cognitivi della pronuncia, ossia le soluzioni di questioni che sorreggono la decisione).

Come è agevole constatare, si tratta di una disputa esegetica di non poco momento nella disamina che si va conducendo: invero, collegare il concetto di «parte del lodo» al capo di domanda, significa escludere qualunque preclusione a carico del vittorioso sul riesame delle questioni risolte in senso a lui sfavorevole; per converso, un onere di impugnazione in capo al soccombente in senso teorico consegue

---

<sup>734</sup> Secondo un'espressione utilizzata da NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, cit., spec. p. 410 s.

logicamente allorquando il concetto di «parte» sia riferito alla soluzione di singole questioni<sup>735</sup>.

Poiché rispetto all'arbitrato, dunque al concetto di «parte del lodo», i dubbi interpretativi sembrano porsi in modo non dissimile rispetto al sintagma «parte di sentenza», la successiva indagine deve essere coltivata partendo dalla ricostruzione delle posizioni fondamentali formulate attorno al più prossimo tra i due concetti richiamati. Il dibattito è noto, per cui è sufficiente un suo sintetico richiamo.

i) Secondo una prima impostazione, le parti di sentenza corrispondono a ciascuna pronuncia relativa ad una domanda, perché solo la soluzione che arreca un vantaggio o un pregiudizio qualificato – la situazione di soccombenza – legittima la parte a proporre l'impugnazione<sup>736</sup>. Avverso tale teoria si è obiettato che essa non

---

<sup>735</sup> BOCCAGNA S., *sub art. 827*, in AA. VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 453.

<sup>736</sup> ATTARDI A., *La revocazione*, cit., p. 103 ss.; ID., *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, cit., p. 145 ss.; LIEBMAN E. T., «Parte» o «capo» di sentenza, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 56. Questa opzione ricollega il concetto di parte o capo di sentenza alle statuizioni imperative che costituiscono frazioni del dispositivo suscettibili di passare in giudicato. Solo tali statuizioni, invero, sarebbero idonee a costituire oggetto di impugnazione in via principale e correlativamente di acquiescenza. Sicché, la sentenza sarebbe scomponibile in più parti solo quando il giudice abbia pronunciato su una pluralità di oggetti distinti e autonomi (dunque, nei casi di cumulo, qualunque sia il rapporto esistente tra i vari oggetti). In giurisprudenza, un'eco di questa prima posizione (che identifica il sintagma «parte di sentenza» come decisione su domanda) si rinviene in quelle pronunzie che affermano il principio secondo cui l'appellato vittorioso nel merito non ha l'onere di proporre una autonoma impugnazione (incidentale) per sottoporre al riesame del giudice superiore le questioni già disattese nel precedente grado di giudizio, risultando a tal fine sufficiente la riproposizione *ex art. 346 c.p.c.*, al fine di evitare la presunzione di rinuncia sancita dalla disposizione. Cfr. *ex multis*, Cass. 19 aprile 2002, n. 5721; Cass. 13 luglio 2001, n. 9523; Cass. 12 giugno 2001, n. 7879.

Va poi avvertito che nell'ambito di questa concezione, alcuni Autori ricollegano il concetto di parte di sentenza alle statuizioni su questioni *litis ingressum impediens*, ossia le questioni preliminari processuali. Invero, ciascuna di esse importa «un giudizio pieno e a sé stante [...] che non riguarda la sua fondatezza, ma la sua ammissibilità in quel processo, in quanto afferma o nega il potere e il dovere del giudice di giudicare sulla domanda proposta». La medesima è considerata una «statuizione autonoma, che non va a confondersi con altre eventuali decisioni contenute nella stessa sentenza», perché la medesima, «pur lasciando impregiudicato il merito, ha in ogni caso un proprio effetto pratico diretto ed immediato sull'oggetto del processo, in quanto rende possibile od impossibile un giudizio su di esso» (le parole riportate tra virgolette sono di LIEBMAN E. T., «Parte» o «capo» di sentenza, cit., p. 54 ss., il quale conclude affermando che «capo di sentenza è ogni decisione su un autonomo oggetto del processo, sia che decida sulla sua ammissibilità, sia che

spiegherebbe la limitazione del riesame da parte del giudice successivo vuoi nei gravami con funzione rinnovatoria che richiedono la necessaria esplicazione dei motivi di critica, vuoi nei rimedi con funzione eliminatoria, laddove i motivi posti a base dell'iniziativa censoria determinano il successivo oggetto del giudizio. Inoltre, questa qualifica non potrebbe operare nelle sentenze non definitive, dove il dispositivo si risolve nella soluzione di una o più questioni<sup>737</sup>.

ii) Sul versante opposto si colloca la tesi che identifica la locuzione «parte di sentenza» con unità più piccole, vale a dire con la soluzione di singole questioni<sup>738</sup>. Si è, però, osservato, che questa tesi, per un

---

decida sulla sua fondatezza»). Questa teoria poggia sull'idea, elaborata dalla dottrina tedesca, che in ogni processo si svolgano contemporaneamente due oggetti, uno processuale («*prozessualer Streitgegenstand*»), l'altro di merito («*sachlicher Streitgegenstand*»), e che, evidentemente, a ciascun oggetto corrisponda un autonomo oggetto di decisione (come ben chiarito da CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili*, cit., p. 167). È importante, poi, chiarire che nella dottrina in esame non è estranea l'idea di una ulteriore scomposizione della sentenza rispetto al cammino logico – alle soluzioni di questioni che costituiscono le premesse – seguito dal giudice in vista della statuizione di merito, scomposizione però estranea all'interpretazione degli artt. 329, comma 2 e 336, comma 1, del codice di rito. Si afferma, in particolare, che parti di sentenza suscettibili di impugnazione e, dunque, di acquiescenza, sono esclusivamente le statuizioni dotate di efficacia imperativa, le medesime determinando la misura dell'impugnazione, ma al tempo stesso si riconosce la possibilità di un ulteriore frazionamento sul piano del contenuto logico della decisione, a sua volta rilevante ai fini della delimitazione della materia logica devoluta al giudice dell'impugnazione nell'ambito della parte di sentenza impugnata. Giova richiamare, in proposito, le parole di LIEBMAN E. T., «*Parte*» o «*capo*» di sentenza, cit., p. 58, il quale sottolinea che altro è il problema «della misura dell'impugnazione, che va riferito al contenuto imperativo, e perciò ai capi di sentenza», altro è «quello della delimitazione, nell'ambito dei capi impugnati, della materia logica che diventa oggetto di cognizione da parte del giudice dell'impugnazione, che va invece riferito al contenuto logico della sentenza». La distinzione tra contenuto imperativo e contenuto logico della decisione e, rispetto ad essi, tra misura dell'impugnazione e delimitazione della cognizione in sede impugnatoria, è ripresa da RUFFINI G., *La divisibilità del lodo arbitrale*, Padova, 1993, p. 304 ss.

<sup>737</sup> Per questi rilievi, ALLORIO E., *Gravame incidentale della parte totalmente vittoriosa?*, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, p. 541 ss., spec. p. 543; CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili*, cit., p. 125; NIGRO M., *L'appello*, cit., p. 412 ss.

<sup>738</sup> Questa tesi, risalente a CARNELUTTI F., spec. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, II, Roma, 1951, p. 129, è oggi riproposta da diversi Autori, tra cui RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, p. 115 ss.; POLI R., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002, p. 133 ss.; BATTAGLIA V., *Appunti sui rapporti tra appello incidentale e mera riproposizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 443. L'opzione in esame è quella che si è fatta strada nella giurisprudenza più

verso, polverizza il concetto di capo di sentenza e, per altro verso, patisce difficoltà insuperabili con riferimento al giudizio di appello, in

---

recente, la quale, sia pure non senza oscillazioni, richiede alla parte vittoriosa sulla domanda di proporre appello incidentale per sottrarre al giudicato statuizioni sfavorevoli contenute nella sentenza di primo grado e relative, ad esempio, alla questione di giurisdizione e alla qualificazione del contratto (Cass., sez. un., 10 marzo 2005, n. 5207; Cass., 23 settembre 2004, n. 19126, entrambe ricordate da RASCIO N., *In tema di oneri incombenti sull'appellato: due sentenze e recenti tendenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Giur. it.*, 2012, p. 384). Una prima e consapevole presa di posizione in favore della tesi che ricollega il concetto di «parte di sentenza» alla soluzione di questioni è rappresentata dalla pronuncia delle sez. unite 16 ottobre 2008, n. 25246, in *Giur. it.*, 2009, p. 2001, con nota di RONCO A., *L'onere dell'appello incidentale sulle questioni pregiudiziali di rito (come baluardo per la sopravvivenza della decisione di merito)*, dove si sancisce la necessità dell'appello incidentale del vittorioso nel merito per sottrarre al giudicato la statuizione a sé sfavorevole sulla questione di giurisdizione. È d'uopo evidenziare che tale pronuncia – pur ponendosi consapevolmente in contrapposizione con l'orientamento maggioritario fino ad allora, orientamento che escludeva la necessità dell'impugnazione incidentale nei casi di soccombenza c.d. teorica – sembra aver, per certi versi, acuito le incertezze nella giurisprudenza successiva sul tema del rapporto tra riproposizione mera e impugnazione incidentale. Tali incertezze erano legate al significato dei concetti di «eccezione autonoma» e «eccezione non autonoma ma interno al capo di domanda deciso», adoperati nella menzionata pronuncia, tant'è che la medesima era stata successivamente invocata tanto a sostegno della tesi della riproposizione mera *ex art. 346 c.p.c.*, quanto a fondamento dell'opposta tesi dell'onere di impugnazione incidentale. Nella citata sentenza si affermava, invero, che la parte vittoriosa nel merito di primo grado, che intenda impedire il passaggio in giudicato della questione pregiudiziale o preliminare deve appellare in via incidentale la sentenza, essendo insufficiente la riproposizione mera *ex art. 346*; ciò in quanto oggetto di riproposizione possono essere solo le domande ed eccezioni «autonome» ma rispetto alle quali non ci sia stata una decisione o «non autonome ed interne al capo di domanda deciso», mentre la «motivata reiezione d'una domanda o d'un'eccezione autonome» farebbe scattare l'onere di impugnazione incidentale. Il *discrimen* tra eccezioni autonome ed eccezioni non autonome viene superato dalla pronuncia delle sez. unite 12 maggio 2017, n. 11799, dove si afferma in via generalizzata che la parte vittoriosa nel merito ma soccombente su questione è tenuta a proporre appello incidentale avverso la statuizione, espressa o implicita, di rigetto dell'eccezione proposta, pena la formazione del giudicato *ex art. 329*, comma 2, c.p.c. Rispetto alle eccezioni di merito, la sentenza diversifica due situazioni: *a*) quella in cui l'eccezione medesima è stata oggetto di decisione e tale valutazione fa parte del tessuto motivazionale della sentenza di primo grado; *b*) quella in cui manca, nella struttura motivazionale, ogni considerazione dell'eccezione medesima. Nel primo caso «la modalità di investitura del giudice d'appello» è quella dell'appello incidentale; nel secondo caso quella della riproposizione mera, rispetto alla quale è estraneo ogni profilo di deduzione di una critica alla decisione impugnata.

quanto genera l'onere di impugnazione in capo al soccombente (in senso teorico) su questioni, in contrasto con il disposto dell'art. 346<sup>739</sup>.

iii) I rilievi critici formulati in relazione alle opposte teorie appena enunciate hanno contribuito a dar vita alle teorie c.d. «miste» o «relativistiche», dove al concetto di «parte della sentenza» è attribuito un significato diverso a seconda del tipo di sentenza e del mezzo di impugnazione considerati<sup>740</sup>. Così, la nozione andrebbe collegata alla soluzione di questioni se ci si pone nella prospettiva della sentenza non definitiva o della sentenza soggetta a ricorso per Cassazione, dove è estraneo un meccanismo di trasferimento del materiale logico analogo a quello contemplato dall'art. 346 per l'appello; diversamente, il concetto andrebbe collegato ai capi di domanda in relazione alle sentenze definitive e a quelle soggette ad appello. Ma anche questa prospettiva non si è sottratta a critiche penetranti, rilevandosi che non può attribuirsi all'art. 329, comma 2, che è una disposizione applicabile a tutti i mezzi di impugnazione, un significato mutevole in relazione al tipo di impugnazione cui la sentenza è soggetta e al meccanismo di formazione dell'*iter* logico della decisione.

Come è agevole constatare, il dibattito è stato in larga misura influenzato dai meccanismi di trasferimento del materiale di cognizione positivamente previsti per ciascun mezzo di impugnazione e, soprattutto, dall'idea che nel giudizio di appello l'onere di impugnazione andrebbe ricollegato esclusivamente alla soccombenza reale (ossia, alla soccombenza su domanda), perché rispetto alla soccombenza su una questione sarebbe sufficiente la riproposizione mera (arg. ex art. 346)<sup>741</sup>.

---

<sup>739</sup> RUFFINI G., *La divisibilità del lodo arbitrale*, cit., p. 293.

<sup>740</sup> Questa distinzione è sviluppata da NIGRO M., *L'appello*, cit., p. 412 ss., da CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili*, cit., p. 125 e p. 148 ss., ed è successivamente ripresa da RUFFINI G., *La divisibilità del lodo arbitrale*, cit., p. 296 s., esclusivamente in relazione alla distinzione tra sentenze definitive e sentenze non definitive.

<sup>741</sup> AULETTA F., *Diritto giudiziario civile. I modelli del processo di cognizione (ordinaria e sommaria)*, Bologna, 2020, p. 302. In relazione al giudizio di cassazione, invece, la mancanza di una disposizione corrispondente a quella dell'art. 346 c.p.c. induce, per un verso, a non circoscrivere l'ambito operativo dell'art. 329, comma 2, c.p.c. alle sole decisioni di domande e, per altro e conseguente verso, ad imporre alla parte vittoriosa sulla domanda di appello di proporre ricorso incidentale qualora intenda ottenere l'annullamento della sentenza nei capi in cui sono risolte in senso a lui sfavorevole singole questioni. Per vero, la giurisprudenza di legittimità, ai fini della definizione dei meccanismi di formazione dell'ambito della *cognitio* nel



Ma il ragionamento non è mutuabile, evidentemente, per l'impugnazione per nullità, perché di fronte al silenzio serbato dal legislatore potrebbe affermarsi, con eguale validità logica, tanto l'applicabilità dei meccanismi di devoluzione propri dell'appello, quanto di quelli propri del giudizio di Cassazione: i primi per l'organo innanzi al quale si propone l'impugnazione; i secondi per la funzione prevalentemente rescindente del rimedio.

Il problema deve essere allora impostato su basi diverse, antepoendo la *quaestio* del frazionamento del provvedimento decisorio – lodo o sentenza che sia – alla disciplina dei singoli rimedi<sup>742</sup>.

A tal fine, si può anzitutto osservare che l'acquiescenza impropria, sulla cui base si colloca il sintagma «parte di sentenza», appare strutturalmente e funzionalmente vicina al meccanismo di stabilizzazione delle sentenze non definitive che non siano fatte oggetto di impugnazione immediata né di riserva e impugnazione differita<sup>743</sup>. Entrambi i fenomeni, infatti, determinano una restrizione del materiale logico del successivo grado di giudizio per effetto di un comportamento omissivo della parte che sarebbe tenuta al compimento di un atto di impugnazione, comportamento il quale rileva nella sua materialità, senza alcun richiamo alla volontà che esso può sottintendere<sup>744</sup>. L'analogia tra i due meccanismi consentirebbe,

---

giudizio di Cassazione, considera decisivi il profilo strutturale e la natura (a critica vincolata) dell'impugnazione. Si afferma, per tale via, che l'ambito della cognizione è delimitato dai motivi di impugnazione e che la soccombenza va apprezzata non già rispetto al risultato pratico, bensì rispetto alle singole questioni, con la conseguenza che la parte vittoriosa nel merito che intenda sottoporre all'esame della Corte una o più questioni disattese nel precedente grado di giudizio non può limitarsi a riproporre la questione con il controricorso ma è tenuta a proporre ricorso incidentale. Cfr., *ex multis*, Cass. 1 ottobre 2002, n. 14075; Cass., 13 aprile 2002, n. 5357; Cass., 22 giugno 2001, n. 8537; Cass., sez. un., 23 maggio 2001, n. 212.

<sup>742</sup> È il metodo indicato da LIEBMAN E. T., «*Parte*» o «*capo*» di sentenza, cit., p. 48, e successivamente riproposto da RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., spec. p. 110.

<sup>743</sup> RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., spec. p. 117.

<sup>744</sup> «Strutturalmente, infatti, la vicinanza appare e nella situazione che si determina, vale a dire un persistere della richiesta di tutela giurisdizionale, ma con un ambito ridotto; e nel comportamento che provoca, ovverossia un'omissione, rilevante immediatamente nella sua materialità e consistente nel mancato compimento di un atto di impugnazione. Sotto il profilo funzionale, poi, non può negarsi che il risultato raggiungibile sia lo stesso, posto che l'oggetto della sentenza non definitiva non impugnabile non è suscettibile di riesame nel successivo corso del giudizio» (RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 118). Sulla differenza

allora, di attribuire al concetto di «parte di sentenza» una consistenza corrispondente al possibile contenuto delle sentenze non definitive e, dunque, di ricollegare quella nozione non solamente alla pronuncia di ognuna tra le domande cumulate, bensì pure alla risoluzione di ciascuna delle questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito risolte dal giudice<sup>745</sup>.

#### 4.3.4 *La nozione di «parte del lodo» (art. 830, comma 1) e il principio di divisibilità del dictum arbitrale.*

A questo punto occorre compiere un passaggio ulteriore, verificando se le riassunte considerazioni possano trovare applicazione in relazione al *dictum* arbitrale. In proposito, un rapido *excursus* sulla evoluzione della disciplina relativa ai meccanismi di formazione della decisione arbitrale può soccorrere in aiuto.

Nel sistema anteriore alla riforma del 1994, di fronte al tenore letterale dell'art. 816, a norma del quale «su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento gli arbitri provvedono con

---

tra l'acquiescenza di cui al primo comma dell'art. 329, rispetto a quella di cui al secondo comma, quanto al rilievo della volontà della parte, LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Milano, 2015, p. 324. Nel primo caso (329, comma 1), rilevano i comportamenti della parte, comportamenti da cui ricavare la volontà di accettare la sentenza (tant'è che l'A. da ultimo richiamato parla di *negozio processuale unilaterale*); nel secondo caso (329, comma 2), invece, la volontà della parte è irrilevante e l'effetto è ricollegato immediatamente al comportamento in quanto tale.

<sup>745</sup> RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., spec. p. 128. Per una ricostruzione dell'«unità fondamentale della cognizione giudiziale» nei diversi gradi di giudizio, v. spec. COMASTRI M. A., *Il giudizio di Cassazione e i poteri officiosi in ordine alle questioni di merito*, cit., p. 154 ss., la quale può così essere riassunta: (i) nel giudizio di primo grado l'unità della cognizione nel merito corrisponde a ciò che può costituire oggetto di una pronuncia giudiziale, anche non definitiva, poiché ad ogni potenziale oggetto di autonoma decisione non può che corrispondere un tema cognitivo altrettanto autonomo; (ii) nei giudizi di impugnazione l'unità della cognizione giudiziale coincide con il concetto di parte di sentenza, che in appello corrisponde a quella di questione, «con conseguente perfetta identità tra l'unità minima della cognizione del gravame e quella del giudizio di primo grado»; (iii) ad una conclusione non dissimile si può giungere anche rispetto al giudizio di cassazione (dunque, l'unità fondamentale della cognizione è rappresentata dall'intera questione, e non soltanto dal profilo direttamente investito dalla pronuncia), pur dovendo tenere presente che il riesame della questione preliminare non può avvenire modificando l'accertamento del fatto compiuto dal giudice del merito e risultante nella sentenza, a meno che non sia l'annullamento della sentenza a rendere necessaria una integrazione o sostituzione di quell'accertamento.

ordinanza non soggetta a deposito e revocabile», la dottrina riteneva che fosse precluso agli arbitri l'esercizio della funzione decisoria per la soluzione, nel corso del procedimento, delle questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito<sup>746</sup>.

Ne derivava, per logica conseguenza, che le operazioni di frazionamento e di selezione delle «unità elementari», rispetto al lodo rituale, potessero essere condotte soltanto un piano piano orizzontale (contenuto imperativo), non anche sul piano verticale (processo di formazione logica della decisione), perché in quel sistema la soluzione di questioni difettava di ogni autonomia<sup>747</sup>.

Con la riforma attuata dalla l. 5 gennaio 1994, n. 25, il lodo non definitivo è comparso nel sistema normativo in materia di arbitrato: nell'art. 820, comma 2, ove nell'ipotesi di una sua pronuncia, si consentiva agli arbitri di prorogare il termine per la decisione; nell'art. 827, comma 3, rimasto inalterato anche dopo la riforma del 2006, in base al quale «il lodo che decide parzialmente il merito» della controversia è immediatamente impugnabile, mentre «il lodo che risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale è impugnabile solo unitamente al lodo definitivo»<sup>748</sup>.

---

<sup>746</sup> RUFFINI G., *La divisibilità del lodo arbitrale*, cit., p. 237 ss.; ID., *La divisibilità del giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 435; MONTESANO L., *Sui lodi parziali di merito*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 247 ss.; RUGGIERI P. C., *Pronuncia oggettivamente complessa e onere di impugnazione*, Torino, 2020, p. 14. L'opzione non trovava però seguito in giurisprudenza, la quale presentava un atteggiamento generalmente ammissivo in ordine ai lodi non definitivi su questioni.

<sup>747</sup> Rispetto al sistema normativo precedente alla riforma del 1994, v. RUFFINI, *La divisibilità del lodo arbitrale*, cit., p. 297, spec. nota 28, dove si afferma che benché la giurisprudenza di legittimità abbia generalmente riconosciuto l'ammissibilità di lodi non definitivi su questioni, tale orientamento non scalfiva la natura unitaria e inscindibile della decisione, rispetto alla quale il lodo parziale costituiva «un semplice frammento privo di autonomia, agli effetti sia del deposito che dell'impugnazione». Questa prospettiva sembrerebbe evocare la costruzione della «decisione continuata» (ATTARDI A., *Modi e termine dell'appello contro una sentenza non definitiva*, in *Giur. it.*, 1964, I, c. 1415 ss.) tesa a considerare come provvedimento sostanzialmente unico più sentenze pronunciate nel corso del medesimo processo, pur formalmente distinte ma legate da un nesso di pregiudizialità. Sul punto, CALIFANO G. P., *Le vicende del lodo: impugnazioni e correzione*, cit., p. 303.

<sup>748</sup> COMOGLIO L. P., *Lodo parziale e lodo non definitivo dopo le ultime riforme*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 600; CALIFANO G. P., *Le vicende del lodo: impugnazioni e correzione*, cit., p. 291 ss., ai quali si rinvia anche per una più approfondita disamina della duplice *quaestio* della esperibilità dell'impugnazione differita avverso il lodo parziale e delle forme dell'impugnazione procrastinata del lodo non definitivo. Per una accurata ricostruzione dei possibili contenuti dei lodi parziali e

Queste previsioni si sommano a quelle dell'art. 830, comma 1, c.p.c., già ricordate, che superano il principio di indivisibilità del lodo e introducono la possibilità di una parziale pronuncia ablativa.

Il sistema emergente dalla novella del 1994, dunque, attribuisce agli arbitri il potere di frazionare l'esercizio del potere decisorio rispetto a singole componenti logiche, sganciando così la soluzione di questioni dalla statuizione definitiva sulla domanda.

Si possono allora mutuare nella materia arbitrale le riflessioni svolte in relazione alla sentenza, ritenendo che il concetto di parte di lodo, anche agli effetti dell'art. 329, comma 2, c.p.c., «è ogni statuizione su cui il giudicato formale può separatamente costituirsi in corso di causa, anche in conseguenza della scissione dovuta ad una pronuncia non definitiva»<sup>749</sup>. Invero, il lodo non definitivo su questioni, ove non impugnato, è in grado di consolidarsi e di precludere, in sede impugnatoria, ogni successiva revisione di quanto deciso. E non vi è ragione per ritenere che il medesimo risultato di scomposizione e riduzione dell'oggetto del contendere per consolidamento parziale non possa realizzarsi, oltre che per mancata impugnazione del lodo non definitivo, anche per effetto della proposizione, contro il lodo definitivo, di una impugnazione parziale<sup>750</sup>. Dunque, la stessa preclusione sembra imporsi, per logica

---

dei lodi non definitivi, v. AULETTA F., *Lodo parziale e lodo non definitivo*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 262 ss., e RUGGIERI P. C., *Pronuncia oggettivamente complessa e onere di impugnazione*, cit., p. 14 ss.

<sup>749</sup> RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 204.

<sup>750</sup> Argomenta in questi termini, in relazione alla scomposizione dell'oggetto del contendere in grado di appello, RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 208. Rispetto al lodo arbitrale, la conclusione, sostenuta nel testo, che identifica il concetto di parte di lodo con la soluzione di singole questioni è affermata da diversi Autori. Cfr., in particolare, POLI R., *Sull'oggetto del giudizio d'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, cit., p. 636; RUFFINI G., *La divisibilità del giudizio arbitrale*, cit., p. 441 ss.; ID., «Efficacia di sentenza» del lodo arbitrale ed impugnazione incidentale per nullità, in *Riv. arb.*, 2000, p. 473; ID., *Motivi di impugnazione per nullità del lodo arbitrale e poteri della Corte di appello*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 223 ss.; *contra*, ZUCCONI GALLI FONSECA E., *sub art. 830*, in AA. VV., *Arbitrato. Titolo VIII libro IV codice di procedura civile – artt. 806-840*, diretto da CARPI F., Bologna, 2007, p. 792, dove si afferma che il concetto di «parte» utilizzato dall'art. 830 ha il significato di «capo di domanda», dal momento che «l'obiezione che si suole sollevare con riferimento alle sentenze non definitive non ha ragione di essere con riguardo ai lodi «su questioni», impugnabili solo unitamente al lodo definitivo e dunque in presenza di una reale soccombenza su domande». A questi rilievi si è obiettato che lo scopo dell'impugnazione necessariamente differita del lodo non definitivo su questioni è «quello di evitare di impegnare l'attività della

del sistema, rispetto alle questioni risolte nella decisione conclusiva, laddove manchi una specifica iniziativa impugnatoria, perché non sembra che la soluzione di singole questioni possa essere trattata diversamente solo perché essa forma parte di un più complessivo lodo<sup>751</sup>.

Il problema, allora, consiste nel verificare come il meccanismo di consolidamento parziale delle decisioni su questioni provocato dall'acquiescenza impropria possa influire sull'ambito della materia del contendere nel *iudicium rescissorium*.

Prima della riforma dell'arbitrato del 1994, dottrina e giurisprudenza individuavano nell'art. 830 c.p.c. un riferimento normativo della tesi secondo cui l'annullamento del lodo aveva l'effetto di travolgere *vuoi* il contenuto imperativo, *vuoi* il contenuto logico della decisione arbitrale. La disposizione prevedeva, invero, che il giudice ordinario, nell'accogliere l'impugnazione, dovesse dichiarare la nullità della sentenza e *del giudizio arbitrale*, decidendo nel merito la causa matura per la decisione<sup>752</sup>. Si affermava, così, che

---

Corte d'appello per una questione che non potrebbe essere dedotta, da sola, in sede giurisdizionale» (RUFFINI G., *La divisibilità del giudizio arbitrale*, cit., p. 443).

<sup>751</sup> AULETTA F., *Lodo parziale e lodo non definitivo*, cit., p. 265 s., dove si sottolinea che «se con riferimento al lodo la soccombenza ai fini dell'impugnazione principale presuppone soccombenza reale o pratica, ai fini di quella incidentale occorre avere riguardo anche a quella su questioni, e dunque meramente teorica (a maggior ragione dopo che per l'appello l'incremento dell'onere di impugnazione incidentale condizionata è stato così accentuato), in nessun modo potendo la parte (altrimenti acquiescente) contare su riproposizione né – all'estremo – devoluzione automatica».

<sup>752</sup> Il principio di indivisibilità del lodo riassume l'orientamento secondo il quale l'accoglimento dell'impugnazione per nullità travolge sempre e necessariamente l'intero risultato del giudizio arbitrale. Esso affondava le sue radici nel significato e nella funzione assegnata all'impugnazione per nullità nel sistema precedente alla novella dell'arbitrato del 1983, concepita come un rimedio concesso alla parte soccombente del giudizio arbitrale per opporsi all'adozione del risultato di tale giudizio nell'ordinamento giuridico dello Stato. In tale prospettiva, l'impugnazione per nullità era costituita come un giudizio di primo e unico grado nel quale venivano esercitate in cumulo eventuale due domande: un'azione costitutiva, di natura sostanziale e non processuale, in cui l'impugnante faceva valere il potere giuridico di provocare l'eliminazione degli effetti prodotti dal lodo a seguito della dichiarazione di esecutività, e un'azione di cognizione in unico grado in merito alla controversia oggetto del compromesso, esercitata per l'eventualità in cui la prima azione avesse condotto all'annullamento del lodo (RUFFINI G., *La divisibilità del lodo arbitrale*, cit., p. 98). Postulando, dunque, che in assenza del decreto di esecutività il lodo era privo di ogni efficacia giuridica, l'accoglimento dell'impugnazione per nullità avrebbe dovuto necessariamente condurre alla

l'accoglimento dell'impugnazione provocasse non soltanto la caducazione delle statuizioni contenute nel lodo, «ma anche e previamente il giudizio degli arbitri, ossia la ricognizione dei presupposti di fatto e di diritto sui quali tali statuizioni si fondavano»<sup>753</sup>. Coerentemente, la fase rescissoria risultava connotata dall'automatica riemersione di tutte le questioni risolte dagli arbitri e ricadenti nell'ambito della statuizione elisa, anche quelle (preliminari di merito o pregiudiziali di rito) diverse dalle questioni cui si riferivano i motivi di impugnazione proposti<sup>754</sup>.

La struttura dell'impugnazione per nullità risentiva, allora, di una netta frattura tra *iudicium rescindens* e *iudicium rescissorium*: il primo era rigidamente delimitato, quanto ad ampiezza della cognizione, dai motivi posti a base dell'impugnazione, sicché il giudice non avrebbe potuto porre a fondamento della declaratoria di nullità del lodo questioni diverse da quelle alle quali si riferivano i motivi di

---

caducazione dell'intero lodo, a prescindere dal motivo concretamente posto a base dell'iniziativa impugnatoria. Senonché, con la novella dell'arbitrato del 1983 il sistema così congegnato entra in crisi, perché veniva aggiunto all'art. 823 c.p.c. un ultimo comma in virtù del quale il lodo ha efficacia vincolante tra le parti alla data della sua ultima sottoscrizione. Dunque, assumendo il punto di vista di quanti riconoscevano alla novella del 1983 il valore del riconoscimento dell'efficacia c.d. naturale del lodo già alla data dell'ultima sottoscrizione – con conseguente attribuzione all'omologazione della sola funzione di arricchire il lodo di effetti ulteriori e diversi – era naturale ritenere che a partire da quel momento fosse venuto meno il significato normativo del principio di indivisibilità del lodo arbitrale (RUFFINI G., *La divisibilità del lodo arbitrale*, cit., p. 137). È d'uopo richiamare, per l'inegabile chiarezza, le parole di RUFFINI G., *La divisibilità del giudizio arbitrale*, cit., p. 434, secondo cui il principio di indivisibilità del lodo, frutto dell'interpretazione del previgente art. 830, comma 1, «non poteva giustificarsi alla luce della collocazione sistematica della norma, volta esclusivamente a disciplinare i poteri del giudice ordinario investito dell'impugnazione per nullità, ed appariva invece il frutto di una ormai superata concezione dell'impugnazione per nullità quale mezzo diretto a sottrarre al lodo l'efficacia di sentenza attribuitagli a seguito dell'*exequatur* pretorile, in un sistema nel quale, fino alla riforma introdotta dalla legge n. 83 del 1983, ogni possibile efficacia del lodo era fatta dipendere da tale prodigioso decreto». Come già evidenziato nel testo, la situazione normativa muta radicalmente con la legge n. 25 del 1994, la quale, nel modificare il comma 1 dell'art. 830, ricollega la dichiarazione di nullità non più al giudizio arbitrale ma semplicemente al lodo, precisando altresì che il giudizio rescindente può condurre ad un annullamento parziale del lodo allorché «il vizio incida su una parte del lodo che sia scindibile dalle altre».

<sup>753</sup> Le parole tra virgolette sono di RUFFINI G., *La divisibilità del giudizio arbitrale*, cit., p. 434.

<sup>754</sup> RUFFINI, *La divisibilità del lodo arbitrale*, p. 323.

impugnazione; diversamente, una tale limitazione non si scorgeva nella successiva fase rescissoria, connotata dalla totale apertura della cognizione all'intero contenuto logico della decisione arbitrale ricadente nell'ambito della statuizione annullata<sup>755</sup>.

Senonché, la l. n. 25 del 1994, nel modificare il comma primo dell'art. 830, ha ricollegato la dichiarazione di nullità non più al giudizio arbitrale, ma semplicemente al lodo<sup>756</sup>, riconoscendo altresì la possibilità di una declaratoria di nullità parziale, laddove «il vizio incida su una parte del lodo che sia scindibile dalle altre». Scompare, dunque, il principale riferimento positivo del principio secondo il quale nel giudizio rescissorio il riesame nel merito della controversia deve riguardare ogni aspetto della pronuncia arbitrale<sup>757</sup>.

Sembra allora opportuno collegare questi rilievi ai risultati in precedenza raggiunti.

Il trasferimento, nella sede impugnatoria, delle questioni risolte dagli arbitri in vista della decisione sul merito presuppone una specifica e tempestiva attività censoria della parte, in mancanza della quale la complessiva ricostruzione, in fatto e in diritto, delle questioni decise rimane definitivamente sottratta dall'ambito della *cognitio* della Corte di appello. Per questa necessità è indifferente che la soluzione di questione sia contenuta nel lodo definitivo o in un precedente lodo non definitivo: invero, se il sistema ammette che possa verificarsi acquiescenza rispetto alle singole statuizioni su questioni contenute in

---

<sup>755</sup> In proposito, è difficile sfuggire alla tentazione di un singolare raffronto. Invero, il rapporto tra la fase rescindente e la fase rescissoria nel giudizio di impugnazione per nullità sotto l'egida dell'art. 830 *ante* riforma del 1994 evoca alla mente la configurazione del giudizio di rinvio nel sistema normativo del codice previgente (nonché del codice attualmente vigente, almeno per quanti configurano il giudizio di rinvio come rinnovazione del giudizio di appello). Invero, l'assenza di ogni efficacia positiva alle statuizioni e valutazioni della Corte di cassazione induceva a considerare il giudizio di rinvio in chiave di rinnovamento del giudizio di appello, con la conseguenza che si ipotizzava il ritorno della causa nello stato in cui si trovava prima dell'emanazione della sentenza cassata, con riapertura di tutte le questioni trattate dal giudice di appello nonché di quelle rilevabili d'ufficio. Il giudizio di rinvio, al pari dell'appello, era ritenuto un giudizio a struttura aperta: le parti erano ammesse non solo a riprodurre le difese già articolate nel giudizio che condusse alla sentenza cassata, ma anche ad introdurre nuovi fatti e a formulare nuove richieste istruttorie. Sulla (diversa) configurazione del giudizio di rinvio nel codice di rito previgente, v. GAMBINERI B., *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, cit., p. 179 ss.

<sup>756</sup> RUFFINI G., *La divisibilità del giudizio arbitrale*, cit., p. 436.

<sup>757</sup> SERRA M. L., *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, Napoli, 2016, p. 197.

un lodo non definitivo, deve allora riconoscersi che il medesimo meccanismo di consolidamento parziale possa verificarsi anche per effetto di una iniziativa impugnatoria parziale avverso il lodo definitivo.

L'autonomia delle statuizioni su singole questioni e la scindibilità sul piano orizzontale e sul piano verticale del lodo rituale determinano, allora, analoga scindibilità anche agli effetti della declaratoria di nullità parziale prevista dall'art. 830, comma 1, della parte del lodo definitivo che ospita la soluzione di singole questioni processuali o di merito<sup>758</sup>. Ne consegue che le questioni rispetto alle quali non si esercita una specifica iniziativa impugnatoria devono ritenersi definitivamente preclude anche nella fase rescissoria del giudizio di impugnazione per nullità<sup>759</sup>.

#### **4.4 L'impossibilità di considerare in forma unitaria i meccanismi di formazione dell'oggetto dell'impugnazione per nullità del lodo rituale e quelli propri dell'appello civile.**

Le riflessioni sin qui condotte possono essere così riassunte. *i)* La soluzione di singole questioni determina la possibilità e l'onere di impugnazione e determina, altresì, la correlativa e contraria possibilità di acquiescenza. *ii)* L'eventuale preclusione che dovesse formarsi rispetto alle medesime opera anche nell'eventuale fase rescissoria

---

<sup>758</sup> RUFFINI G., *La divisibilità del giudizio arbitrale*, cit., p. 443; ID., *Sulla nullità parziale del lodo arbitrale*, in *Giust. civ.*, 2005, p. 1335 ss.

<sup>759</sup> Sul carattere chiuso della fase rescissoria dell'impugnazione per nullità, Cass. 13 maggio 2015, n. 20557, dove però il percorso motivazionale lascia intendere che il sintagma «parte di lodo» sia collegato alla decisione relativa al rapporto giuridico. Volendo reiterare il raffronto già in precedenza proposto tra il giudizio rescissorio dell'impugnazione per nullità e il giudizio di rinvio conseguente alla cassazione della sentenza, si può allora richiamare il carattere chiuso del giudizio di rinvio, il cui oggetto qualitativo e quantitativo è delimitato *vuoi* dai meccanismi di trasferimento del materiale di cognizione dal giudizio di secondo grado al giudizio di cassazione (dove, come è noto, predomina lo strumento impugnatorio, mentre è assente la riproposizione mera), *vuoi* dai vincoli che promanano dalla pronuncia della Corte di cassazione. Per una ricostruzione delle preclusioni nel giudizio di rinvio, anche nella peculiare ricostruzione del giudizio di cassazione (inteso come giudizio avente ad oggetto non già la sentenza, bensì il rapporto, per altro verso) e del giudizio di rinvio (concepito come fase rescissoria del giudizio di cassazione nell'ambito del quale trovano ingresso le attività di accertamento del fatto precluse alla Cassazione in ragione del suo ruolo istituzionale), GAMBINERI B., *Giudizio di rinvio e preclusioni di questioni*, cit., p. 155 ss.



dell'impugnazione per nullità, dal momento che la Corte di appello, in questa fase, è sì investita della cognizione sul merito, ma *nei limiti* della «materia logica»<sup>760</sup> portata al suo esame attraverso le impugnazioni. Questa preclusione determina allora una riduzione della latitudine della cognizione del *iudicium rescissorium*, pur presentando quest'ultimo il medesimo oggetto (*rectius*, la medesima pretesa sostanziale interessata dall'impugnazione) del precedente giudizio arbitrale<sup>761</sup>. *iii*) Ne consegue che il soccombente virtuale che voglia preservare la posizione di vantaggio raggiunta nel giudizio arbitrale attraverso il riesame di questioni risolte in senso a sé sfavorevole, ha l'onere di proporre nella comparsa di risposta, nei modi e nei tempi di cui all'art. 343 c.p.c., l'impugnazione incidentale<sup>762</sup>.

Fin qui la tecnica è uguale a quella dell'appello, almeno nella misura in cui anche per le sentenze (definitive) di primo grado la locuzione «parte di sentenza» è ricollegata alla soluzione di singole questioni. Ma nell'impugnazione per nullità possono individuarsi differenze di non poco rilievo rispetto ad altri profili.

---

<sup>760</sup> Secondo le parole di LIEBMAN E. T., «*Parte*» o «*capo*» di sentenza, cit., p. 58.

<sup>761</sup> In base al principio, più volte evidenziato, secondo cui la cognizione sul medesimo oggetto del precedente grado di giudizio è ben compatibile con un esame limitato ad alcune soltanto delle questioni giuridiche che lo compongono (RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 71; COMASTRI M. A., *Giudizio di Cassazione e poteri officiosi in ordine alle questioni di merito*, cit., p. 93 s., p. 111, p. 160).

<sup>762</sup> RUFFINI G., «*Efficacia di sentenza*» del lodo arbitrale ed impugnazione incidentale per nullità, cit., p. 473. L'applicabilità degli istituti dell'impugnazione incidentale tempestiva e tardiva è generalmente ammessa nella letteratura; v., in particolare, ZUCCONI GALLI FONSECA E., *sub* art. 828, cit., p. 684; BOCCAGNA S., *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit., p. 137 ss. In giurisprudenza l'applicazione degli istituti citati è giustificata sulla base del rinvio alle norme sull'appello (Cass., 7 febbraio 2001, n. 1731, in *Giur. it.*, 2002, p. 287; Cass., 9 maggio 2006, n. 10663), ma si tratta di una posizione che, come si diceva, non può essere del tutto condivisa, perché occorrerebbe filtrare le disposizioni che disciplinano il *processo* rispetto a quelle che disciplinano il *giudizio* di appello. Ad ogni modo, l'applicabilità delle disposizioni in materia di impugnazioni in generale, già in precedenza affermata, induce a ritenere applicabile l'art. 334 c.p.c., ivi compresa la dipendenza dell'impugnazione incidentale tardiva da quella principale, in caso di inammissibilità di quest'ultima (ZUCCONI GALLI FONSECA E., *op. ult. cit.*, p. 685).

#### 4.4.1 *L'ammissibilità dell'impugnazione incidentale condizionata e il trattamento delle questioni pretermesse e assorbite.*

Si è già detto che proposta l'impugnazione per nullità, l'altra parte che voglia sottrarre al giudicato le questioni sfavorevolmente decise (soccumbente teorico) ha l'onere di proporre impugnazione incidentale. Il problema riguarda l'ammissibilità dell'impugnazione in forma condizionata.

La tecnica del condizionamento rispetto all'appello può sollevare diversi problemi, perché quello che si instaura per effetto dell'impugnazione è un *giudizio sul rapporto*, sia pure nei limiti delle questioni non coperte dal giudicato, sicché si potrebbe dubitare della possibilità, per le parti, di alterare l'ordine logico della decisione imponendo un determinato ordine all'esame delle diverse questioni dedotte con le impugnazioni (principale e incidentale)<sup>763</sup>.

Diversamente stanno le cose in relazione al giudizio di Cassazione, dove, almeno secondo una parte degli interpreti, il condizionamento sarebbe ammissibile – e secondo altri punti di vista addirittura necessario, ossia subordinato *de jure* alla verifica di fondatezza del ricorso principale – in ragione della struttura del giudizio medesimo e della frattura esistente tra il momento rescindente e quello rescissorio<sup>764</sup>.

---

<sup>763</sup> Si questi profili, RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 258 ss., il quale afferma che «le varie fattispecie cost., imp., mod., est., coinvolte dall'impugnazione si ripropongono direttamente al giudice di appello», perché chiamato ad esaminare e decidere direttamente e immediatamente la domanda, sicché «la possibilità di condizionarne i riesame alla sfavorevole definizione di altre questioni deve essere riconosciuta solo qualora alla parte un analogo potere sia attribuito in primo grado» (spec. p. 261).

<sup>764</sup> Il tema del condizionamento dell'iniziativa impugnatoria del resistente vittorioso in sede di merito condurrebbe lontani, giacché ampio e articolato è il dibattito attorno ad esso e agli svariati profili problematici che esso sottintende, come quelli dell'ordine di esame delle questioni in sede di legittimità e del concetto di interesse ad impugnare. In questa sede, oltre a rinviare ai contributi dottrinali che forniscono un approfondimento di questi temi (tra i più recenti, PANZAROLA A., *La Cassazione civile giudice del merito*, II, cit., p. 496 ss., p. 566 ss.; COMASTRI M. A., *Giudizio di Cassazione e poteri officiosi*, cit., p. 194 ss.) si può osservare che le soluzioni avanzate in dottrina e in giurisprudenza si raggruppano in tre distinti poli.

i) Secondo un primo orientamento, il condizionamento apposto al ricorso incidentale del resistente è inammissibile, in ragione, per un verso, dell'attualità dell'interesse del resistente al riesame in sede di legittimità delle questioni risolte in senso a lui sfavorevole dal giudice *a quo* e, per altro verso, della necessità di rispettare l'ordine logico della pregiudizialità. In dottrina, BIANCHI D'ESPINOSA L.,

---

*Impugnazioni incidentali condizionate su questioni pregiudiziali*, in *Giust. civ.*, 1961, p. 1386 ss.; FAZZALARI E., *Sui ricorsi incidentali condizionati*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 113 (quest'ultimo soprattutto in relazione alle questioni preliminari di merito, rispetto alle quali il ricorso incidentale condizionato potrebbe interferire con il potere di accertamento del controllo di causalità del vizio e di correzione della motivazione ex art. 384, ult. comma, c.p.c.); LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Milano, 2015, p. 456 ss.; sostanzialmente critico anche COMASTRI M. A., *op. ult. cit.*, p. 197 s. (il quale sottolinea che il condizionamento finisce per ostacolare l'applicazione dei principi dell'esame pregiudiziale delle questioni di rito e della ragione più liquida, quest'ultima operante sia nei rapporti tra diverse questioni di rito, sia tra le questioni di merito). In giurisprudenza, Cass., sez. un., 23 maggio 2001, n. 212, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1473 ss., con nota di NEGRI M., *Le Sezioni Unite sul ricorso incidentale condizionato consolidano la svolta*, secondo cui «Qualora la parte, interamente vittoriosa nel merito, abbia proposto ricorso incidentale avverso una statuizione a lei sfavorevole, relativa ad una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito, rilevabile d'ufficio, la Corte di cassazione deve esaminare e decidere con priorità tale ricorso, senza tener conto della sua subordinazione all'accoglimento del ricorso principale, dal momento che l'interesse al ricorso sorge per il fatto spesso che la vittoria conseguita sul merito è resa incerta dalla proposizione del ricorso principale e non dalla sua eventuale fondatezza e che le regole processuali sull'ordine logico delle questioni da definire – applicabili anche al giudizio di legittimità (art. 141, primo comma, disp. att. c.p.c.) – non subiscono deroghe su sollecitazione delle parti». La menzionata pronuncia – nell'affermare che non vi sono ragioni per differenziare la questione di giurisdizione rispetto alle altre questioni, pregiudiziali o preliminari, rilevabili d'ufficio e risolte in senso sfavorevole al vincitore nel merito – tentava di ricomporre le contrastanti interpretazioni diramatesi nelle sezioni semplici dopo la nota pronuncia delle sezioni unite 11 dicembre 1990, n. 11795, in *Foro it.*, 1991, I, c. 53 e in *Giur. it.*, 1991, c. 656, con nota di TUTINELLI V., *Brevi osservazioni in tema di ricorso incidentale su questioni pregiudiziali o preliminari*, la quale aveva negato l'ammissibilità del ricorso condizionato per l'inderogabile necessità del rispetto dell'ordine logico delle questioni quando il ricorso incidentale del vincitore deduca il difetto di giurisdizione del giudice del merito.

ii) Altra parte della dottrina ritiene che il ricorso incidentale condizionato sia non solo ammissibile ma anche necessario, ossia condizionato *de jure* all'accoglimento del ricorso principale, a prescindere dalla condizione eventualmente apposta dalla parte vincitrice nel merito. Questo secondo indirizzo di pensiero può essere a sua volta scomposto in due ulteriori correnti, differenziandosi tra loro in dipendenza del motivo che renderebbe necessario in condizionamento. ii.a) Un primo punto di vista istituisce una connessione tra il condizionamento del ricorso incidentale e l'interesse ad impugnare. Si afferma, invero, che soltanto quando sia venuta meno la situazione favorevole, in conseguenza dell'accoglimento dell'impugnazione principale, si manifesta un interesse concreto e attuale della parte vittoriosa nel grado precedente ad estendere l'esame alle ulteriori questioni risolte in senso a sé sfavorevole; sicché, «proprio il previo esame del ricorso principale fa sì che il c.d. ordine logico della pregiudizialità sia rispettato in uno dei suoi profili più pregnanti in materia di impugnazioni, vale a dire nel divieto rivolto al giudice di esaminare il contenuto dei

---

motivi, prima di aver acclarato l'esistenza di tutti i presupposti di ammissibilità dell'impugnazione, ivi compresa appunto la legittimazione ad impugnare» (CHIARLONI S., *Contro l'abrogazione per via giurisprudenziale del ricorso incidentale condizionato*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 453; in dottrina si allineano su questa posizione anche GARBAGNATI E., *Questioni preliminari di merito e parti della sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 430; TUTINELLI V., *Brevi osservazioni*, cit., c. 659). *ii.b*) Un secondo punto di vista, invece, risalta il collegamento tra il condizionamento dell'impugnazione incidentale e la struttura del giudizio di legittimità. Si afferma, invero, che solo se e quando si riapra il riesame nel merito della controversia sorge la necessità di garantire al vincitore nel merito di svolgere pienamente le sue difese, sottoponendo alla cognizione della Corte le eccezioni non accolte in sentenza, ancorché a lui favorevole (ATTARDI A., *Sulle impugnazioni incidentali condizionate*, in *Giur. it.*, 1991, IV, c. 289 ss.; CARNELUTTI F., *A proposito di ricorso incidentale subordinato*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 103 ss.). In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., sez. un., sentenza 6 marzo 2009, n. 5456, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 187, con nota di PANZAROLA A., *Sul condizionamento de jure del ricorso incidentale per cassazione del vincitore nel merito*, dove si afferma che «Il ricorso incidentale della parte vittoriosa, con il quale siano proposte questioni pregiudiziali di rito (ivi compresa la questione di giurisdizione) o di merito decise dal giudice inferiore in modo esplicito o implicito, deve essere esaminato solo nel caso di ritenuta fondatezza del ricorso principale». La sentenza si colloca nel primo degli indirizzi riassunti, perché considera l'interesse ad impugnare attuale solo a seguito dell'accoglimento del ricorso principale, affermandosi che l'eventuale accoglimento dell'impugnazione incidentale in difetto di delibazione di fondatezza di quella principale non potrebbe procurare al vittorioso nel merito «un risultato più favorevole in concreto di quello derivante dal rigetto del ricorso principale». La pronuncia, peraltro, sembra porsi in continuità con l'indirizzo inaugurato nel 2008 sull'art. 37 (il riferimento è a Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883; Cass., sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26019; Cass., 18 dicembre 2008, n. 29523) che consente di rilevare officiosamente il difetto di giurisdizione lungo tutto il primo grado di giudizio, in seguito solo se è esperito un apposito motivo di impugnazione, senza il quale subentra il giudicato sulla statuizione esplicita o implicita (CONSOLO C., *Travagli «costituzionalmente orientati» delle sezioni unite sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante, su questioni di merito)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1143), impugnazione la quale, in Cassazione, deve allora considerarsi necessariamente condizionata al previo riconoscimento della fondatezza del ricorso principale, come detto.

*iii*) Un terzo indirizzo, che si può considerare intermedio, istituisce una connessione tra la tecnica del condizionamento e il potere dispositivo, quest'ultimo considerato prevalente rispetto all'ordine logico delle questioni e considera, pertanto, la sola condizione *volontaria*. Si colloca in questo indirizzo quella parte della dottrina che considera troppo rigida la tesi del condizionamento *ex lege* del ricorso incidentale, perché inadatta ad adattarsi alle plurime relazioni che si instaurano tra le questioni *di merito*, ben potendo esservi casi in cui lo scrutinio prioritario del ricorso incidentale, e il suo accoglimento, non determinano una degradazione della vittoria del resistente in Cassazione. In dottrina, CONSOLO C.,

Si afferma, per un verso, che la conservazione della sentenza di appello costituisce sempre un esito preferibile per il soccombente teorico e, per altro verso, che il condizionamento non altera l'ordine logico di esame delle questioni ma piuttosto condiziona l'esame di quelle sollevate con il ricorso incidentale all'accertamento dei vizi denunciati con l'impugnazione principale e al conseguente annullamento della sentenza<sup>765</sup>.

Queste considerazioni potrebbero applicarsi, *mutatis mutandis*, anche al giudizio di impugnazione per nullità del lodo rituale, che esibisce, al pari del giudizio di Cassazione, la scissione tra momento rescindente e momento rescissorio<sup>766</sup>. Se ne potrebbe dunque arguire che l'esame delle questioni (preliminari e pregiudiziali) risolte a sfavore della parte vittoriosa nel giudizio arbitrale e oggetto di una specifica iniziativa impugnatoria a fronte della «preoccupante» impugnazione principale del soccombente, possa essere subordinato alla previa verifica di fondatezza di quest'ultima.

---

*Travagli «costituzionalmente orientati» delle sezioni unite sull'art. 37 c.p.c.*, cit., p. 1155; PANZAROLA A., *Sul condizionamento de jure del ricorso incidentale per cassazione del vincitore nel merito*, cit., p. 196, il quale afferma chiaramente che «occasionalmente il resistente – pur vittorioso nel merito – non ha interesse al condizionamento»; così, se «egli aneli alla sostituzione del motivo portante del rigetto della altrui pretesa con altro motivo di merito – diverso dal precedente, capace di precludere la futura riproposizione della medesima domanda – si dovrà corrispondere a questa sua aspirazione».

Sulla ulteriore e diversa *quaestio* se l'esame delle questioni risolte sfavorevolmente per il resistente poi risultato vittorioso nel merito debba essere subordinato all'accoglimento ovvero alla mera valutazione di fondatezza del ricorso principale, v. ATTARDI A., *Sulle impugnazioni incidentali condizionate*, cit., p. 289 ss., nonché – per una rivisitazione critica della prima tesi – PANZAROLA A., *La Cassazione civile giudice del merito*, II, cit., p. 583 ss. La ricostruzione di Attardi si risolve in questa differenza: per le *questioni preliminari di merito*, il condizionamento è collegato all'*accoglimento* dell'impugnazione principale; per le *questioni pregiudiziali di rito*, invece, il condizionamento è correlato alla *sola delibazione di fondatezza* del ricorso principale.

<sup>765</sup> Tornano alla mente le parole di CARNELUTTI F., *A proposito di ricorso incidentale condizionato*, cit., p. 104, il quale osservava che «il giudizio rescindente, a differenza del rescissorio, non implica un ordine logico delle questioni, per cui il giudice accogliendo un motivo concernente il merito debba aver superato i motivi pregiudiziali». Per questi rilievi, oltre all'indirizzo esposto nella precedente nota (ii.b), v. anche RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 257.

<sup>766</sup> In dottrina, per l'ammissibilità della tecnica del condizionamento nell'impugnazione per nullità, RUFFINI G., *«Efficacia di sentenza» del lodo arbitrale ed impugnazione incidentale per nullità*, cit., p. 473.

Ma vi è di più. La lettura dei motivi di impugnazione per nullità del lodo rituale lascia la sensazione che vi sia una ulteriore distinzione di non poco momento rispetto alla tecnica di trasferimento del materiale cognitorio dal giudizio di primo grado a quello di appello.

Chi identifica il sintagma «parte di sentenza» nella soluzione di singole questioni anche rispetto alle pronunzie soggette ad appello, ricollega l'espressione «domande» e «eccezioni non accolte» contenute nell'art. 346 a quelle non esaminate e perciò neppure decise. Nel dettaglio – e limitando i rilievi ai meccanismi di formazione dell'oggetto qualitativo dell'appello<sup>767</sup> – si afferma che rispetto alle questioni *assorbite* o *pretermesse* in primo grado «nessun capo della sentenza impugnata contiene la ricostruzione della fattispecie cost., imp., mod., est.», sicché «il meccanismo di formazione del giudicato parziale non ha modo di operare, neanche se il provvedimento è affetto da vizio di omissione»<sup>768</sup>. In questi casi, se l'eccezione non è

---

<sup>767</sup> Come è noto, le regole che presiedono alla formazione dell'oggetto quantitativo dell'appello acquistano rilievo quando nel processo coesistono una pluralità di oggetti distinti; diversamente, quando ad unicità dell'oggetto si accompagna una pluralità di motivi, trovano applicazione i principi qualitativi, relativi alla determinazione del materiale di causa (RASCIO N., *op. ult. cit.*, p. 148).

<sup>768</sup> Le parole tra virgolette sono di RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 280 s. Rispetto all'omissione di pronuncia su *domanda*, valgono i seguenti rilievi: a) secondo un primo punto di vista, l'assenza di una «parte di sentenza» suscettibile di passare in giudicato impedisce di invocare il meccanismo dell'acquiescenza *ex art.* 329, comma 2, e il correlativo onere di impugnazione, con la conseguenza che *vuoi* rispetto alla illegittima pretermissione di domande, *vuoi* rispetto all'assorbimento (dunque, in tutti i casi di *domande rimaste prive di decisione*), potrebbe operare la riproposizione mera dell'art. 346, finalizzata a reiterare la richiesta di un provvedimento anche nel secondo grado di giudizio (RASCIO N., *op. ult. cit.*, p. 166 ss.); b) secondo una diversa prospettiva, invece, occorrerebbe distinguere la *illegittima pretermissione* di domande rispetto all'*assorbimento*, perché nel primo caso non vi sarebbero difficoltà nel ravvisare una «parte di sentenza» in senso tecnico, rilevando a tal fine la sussistenza di un *error in procedendo* che genera nullità della sentenza da denunciare con le forme dell'impugnazione incidentale, arg. *ex artt.* 112 e 161, comma 1, c.p.c. (POLI R., *La devoluzione di domande e questioni in appello nell'interesse della parte vittoriosa nel merito*, cit., p. 335 ss.).

Occorre ulteriormente aggiungere che rispetto alle domande si pone la *quaestio* della esatta cernita dei casi che generano rituale assorbimento, illegittima pretermissione o rigetto, ancorché implicito. Partendo dalla più prossima tra le situazioni indicate (rigetto esplicito o implicito della domanda), presenta profili problematici l'ipotesi del *cumulo alternativo* per incompatibilità sostanziale (che ricorre quando il bene della vita ricercato con le due domande sia lo stesso, risultando esse diversificate per *petitum* immediato e per *causa petendi*), il quale

rilevabile d'ufficio, l'istanza della parte interessata, che consentiva al giudice di primo grado di pronunciarsi sulla fattispecie altrimenti non

---

costituisce l'unico caso in cui è configurabile una soccombenza teorica dell'attore. Come è noto, in tal caso la sentenza contiene sempre una statuizione su entrambe le domande, perché l'accoglimento di una di esse comporta necessariamente il rigetto dell'altra, ancorché implicito, sicché non è logicamente configurabile il fenomeno dell'assorbimento (BATTAGLIA V., *Appunti sui rapporti tra appello incidentale e mera riproposizione*, cit., p. 431). Ora, secondo la dottrina maggioritaria, benché l'attore non abbia interesse ad impugnare in via principale la sentenza, avendo comunque ottenuto il bene della vita cui aspirava, è tenuto a proporre l'impugnazione incidentale laddove voglia sollecitare il riesame della domanda in appello, perché la statuizione di rigetto richiede uno specifico strumento di censura della sentenza che è evidentemente estraneo al meccanismo dell'art. 346 (RASCIO N., *op. ult. cit.*, p. 179 s.; BATTAGLIA V., *op. ult. cit.*, p. 432; POLI R., *La devoluzione di domande e questioni in appello*, cit., p. 335). L'impugnazione incidentale dell'attore potrà allora assumere la forma condizionata, perché l'interesse ad impugnare deriva da un pregiudizio virtuale, essendo ancorato al successo dell'avversa iniziativa impugnatoria. La giurisprudenza si mostra, invece, altalenante: per la mera riproponibilità ex art. 346 della domanda (non solo assorbita ma anche) respinta laddove la parte sia risultata comunque vittoriosa nel merito, Cass. 20 giugno 2014, n. 14085; Cass. 26 febbraio 2013, n. 4807; Cass. 14 marzo 2013, n. 6550; Cass. 19 aprile 2002, n. 5721; per la necessità dell'appello incidentale allorché la sentenza contenga una decisione di rigetto su domanda, nonostante la vittoria altrimenti conseguita, Cass., sez. un., 19 aprile 2016, n. 7700, in *Corr. giur.*, 2016, p. 978, con nota adesiva di CONSOLO C., *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*.

Non destano preoccupazione, almeno sotto il profilo di una possibile commistione con l'omessa pronuncia e l'assorbimento, i casi di cumulo semplice (i) e di cumulo subordinato (ii). (i) Nell'ipotesi di cumulo semplice (che si verifica quando l'attore ha interesse alla decisione di tutte le domande proposte), il rigetto (esplicito o implicito) di una domanda fa sorgere l'onere di una specifica iniziativa impugnatoria, in via principale o incidentale; allorquando su una delle domande proposte dovesse mancare una decisione, ancorché implicita, si ricadrà dell'alternativa poco sopra vista (riproposizione mera ex art. 346 per chi non ravvisa una parte di sentenza in senso tecnico suscettibile di impugnazione; onere di impugnazione per chi ritiene che la sentenza sia affetta da un *error in procedendo*). (ii) Nell'ipotesi di cumulo subordinato, occorre ulteriormente distinguere: (ii.a) se è accolta la domanda principale, quella subordinata risulta ritualmente assorbita, sicché, proposto appello dal convenuto soccombente sulla domanda principale, l'attore potrà limitarsi a riproporre la domanda subordinata secondo il meccanismo dell'art. 346; (ii.b) se è rigettata la domanda proposta in via principale ed è accolta quella subordinata, l'attore dovrà proporre appello avverso la statuizione di rigetto della domanda principale, impugnazione che assumerà le vesti dell'appello incidentale allorché ad impugnare per primo fosse il convenuto soccombente sulla subordinata.

conoscibile, dovrebbe essere rinnovata in fase di gravame attraverso la riproposizione *ex art. 346*<sup>769</sup>.

---

<sup>769</sup> Secondo il punto di vista qui esaminato, dunque, rispetto alle questioni rimaste prive di decisione, perché *assorbite o illegittimamente trascurate*, sarebbero configurabili due diverse tecniche di riemersione nel giudizio di appello: *a*) devoluzione automatica per le fattispecie cost., imp., mod., est., rilevabili d'ufficio; *b*) riproposizione *ex art. 346* per le fattispecie non rilevabili d'ufficio. Secondo questa prospettiva, dunque, l'art. 346 si pone in continuità con l'art. 112 c.p.c., subordinando anche la pronuncia del giudice di appello ad una espressa richiesta del soggetto interessato (cfr. RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 282).

Altra parte della dottrina (spec. POLI R., *La devoluzione di domande e questioni in appello nell'interesse della parte vittoriosa nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 332 ss.) ricostruisce diversamente il rapporto tra impugnazione incidentale e riproposizione mera rispetto all'omessa pronuncia su questioni, proponendo di distinguere il rituale assorbimento rispetto all'illegittima pretermissione. Secondo questa diversa prospettiva: *i*) l'erronea omissione di pronuncia – dunque, *l'illegittima pretermissione di* (domande e) *eccezioni* – integra un vizio della sentenza ai sensi dell'art. 112 e 161, comma 1, c.p.c. da far valere nei limiti e secondo le regole proprie dei mezzi di impugnazione, a nulla rilevando la circostanza che difetti una espressa e formale statuizione; *ii*) per converso, la legittima omissione di pronuncia per *assorbimento* è ricondotta alla disciplina della riproposizione prevista dall'art. 346. Si badi che questo ragionamento, ossia la configurabilità di un vizio della sentenza per violazione dell'art. 112 c.p.c. nell'ipotesi *i*) conduce a superare ogni distinzione tra fattispecie cost., imp., mod., est. *rilevabile d'ufficio* e fattispecie *non rilevabile d'ufficio*. Si afferma, per vero, che anche l'omissione di pronuncia sulla fattispecie cost., imp., mod., est. *rilevabile d'ufficio* «integra violazione dell'art. 112 c.p.c. e si traduce in un motivo di nullità della sentenza che, ai sensi dell'art. 161, comma 1°, c.p.c., deve essere fatta valere *soltanto nei limiti e secondo le regole proprie* dei giudizi di appello e di cassazione; con la conseguenza che, ove la parte di sentenza che ha omesso di pronunciare non sia stata specificamente censurata *ex artt. 329, cpv. e 342 (o 360)*, essa passa in giudicato formale, precludendo definitivamente la possibilità di sollevare di nuovo la questione pretermessa nelle ulteriori fasi processuali» (POLI R., *op. ult. cit.*, p. 339, nota 20; corsivo dell'A.).

Una ulteriore distinzione tra questioni rilevabili d'ufficio e questioni non rilevabili d'ufficio rispetto alle quali vi sia stata omissione di pronuncia è prospettata da COMASTRI M. A., *Giudizio di Cassazione*, cit., p. 172 ss., il quale, pur condividendo l'opzione secondo cui la mancata riproposizione dell'eccezione rilevabile d'ufficio rispetto alla quale vi sia stata omissione di pronuncia non determina l'espulsione della fattispecie dal processo, permanendo il potere di rilevazione officiosa da parte del giudice dell'impugnazione (secondo la prima opzione enunciata in precedenza), afferma che quel potere si trasforma in vero e proprio dovere di pronuncia solo a seguito di una specifica richiesta di parte, da articolare nelle forme della riproposizione *ex art. 346*. Ne consegue che in mancanza di riproposizione la parte non potrà denunciare un'eventuale omissione di pronuncia in sede di impugnazione della sentenza di gravame: la differenza, dunque,



Questo ragionamento non sembra mutuabile nell'impugnazione per nullità del lodo rituale, perché l'art. 829, comma 1, recepisce, tra i motivi di impugnazione, il caso in cui il lodo non abbia pronunciato «su alcuna delle domande ed eccezioni proposte dalle parti in conformità alla convenzione di arbitrato» (n. 12). Dunque, benché manchi una statuizione rispetto alla quale potrebbe operare il meccanismo dell'acquiescenza tacita qualificata secondo i principi poc'anzi riassunti, il sistema normativo in materia di arbitrato sembra porre comunque a carico della parte l'onere di impugnazione.

La considerazione si arricchisce di ulteriori profili, che devono ora essere precisati.

Rispetto alla domanda, l'omessa pronuncia da parte degli arbitri e la successiva mancata impugnazione del lodo non precludono la riproponibilità in altra sede della domanda medesima, secondo un principio ampiamente consolidato<sup>770</sup>. Ne consegue che un interesse della parte ad impugnare il lodo per omessa pronuncia su domanda possa configurarsi allorquando la medesima aspiri ad una pronuncia di merito da parte degli arbitri e il *iudicium rescissorium* sia sottratto alla Corte di appello per accordo delle parti *ex art.* 830, comma 2<sup>771</sup>.

Diversamente, rispetto all'eccezione l'interesse (*rectius*, l'onere) della parte sembra avere portata generalizzata, perché la mancata impugnazione sottrae la questione dalla «materia logica» attraverso la quale la Corte di appello, nel momento rescissorio, rinnova la decisione sul merito della controversia.

Probabilmente, potrebbero sottrarsi all'effetto preclusivo appena indicato le sole eccezioni non esaminate *rilevabili d'ufficio*, almeno secondo una lettura coordinata degli artt. 829, comma 1, n. 12, e 112 del codice di rito<sup>772</sup>.

---

rileverebbe nella prospettiva dei margini di censurabilità della sentenza di appello in Cassazione per omissione di pronuncia.

<sup>770</sup> BATTAGLIA V., *Appunti sui rapporti tra appello incidentale e mera riproposizione*, cit., p. 435.

<sup>771</sup> Per questi profili, ZUCCONI GALLI FONSECA E., *sub art.* 829, in AA. VV., *Arbitrato. Titolo VIII libro IV codice di procedura civile – artt. 806-840*, cit., p. 767; Ruffini G., *La divisibilità del lodo arbitrale*, cit., p. 151 s.

<sup>772</sup> Ma è bene rilevare che secondo una parte della dottrina l'illegittima omissione di pronuncia su fattispecie cost., imp., mod., est. *rilevabile d'ufficio* «integra violazione dell'art. 112 c.p.c. e si traduce in un motivo di nullità della sentenza» da far valere soltanto con l'impugnazione (POLI R., *La devoluzione di domande e questioni in appello nell'interesse della parte vittoriosa nel merito*, p. 339, nota 20).

Inoltre, la circostanza che rispetto alle questioni ritualmente assorbite non sussista un vizio del lodo suscettibile di formare oggetto di motivi di censura per il tramite di una apposita iniziativa impugnatoria potrebbe indurre a ritenere che il motivo di impugnazione in esame trovi applicazione solo in relazione alle questioni erroneamente o illegittimamente pretermesse, ferma la riproponibilità, nelle forme dell'art. 346, delle questioni rimaste assorbite. Ma la giurisprudenza di legittimità, almeno a quanto consta, non ha ancora fornito chiare indicazioni circa la portata del nuovo motivo di impugnazione *ex art. 829, comma 1, n. 12*, sicché appare preferibile mantenere una posizione assolutamente agnostica.

Netta è allora la cesura non solo rispetto all'appello, ma anche rispetto al giudizio di Cassazione, dal momento che l'orientamento prevalente ritiene che riguardo alle eccezioni (anche *non rilevabili d'ufficio*) non decise neppure dal giudice di secondo grado per *rituale assorbimento* (almeno secondo l'orientamento maggioritario in letteratura e in giurisprudenza), non occorrerebbe proporre uno specifico motivo di ricorso per Cassazione, ancorché condizionato, essendo sufficiente la semplice riproposizione in sede di rinvio a seguito dell'annullamento della sentenza impugnata<sup>773</sup>.

---

<sup>773</sup> Più precisamente, la giurisprudenza di legittimità ritiene che la parte vittoriosa nel merito che voglia sottoporre alla cognizione del giudice del rinvio una questione *ritualmente assorbita* non ha l'onere di proporre l'impugnazione incidentale condizionata, potendo limitarsi a riproporre la questione medesima nel giudizio di rinvio (*ex multis*, Cass. 29 agosto 2003, n. 12680; Cass. 8 ottobre 2002, n. 14382; ma per una applicazione di questo principio alle sole eccezioni rilevabili d'ufficio, Cass. 5 maggio 1987, n. 4166). L'opzione sembra essere dominante in seno alla suprema Corte, benché non manchino pronunzie più recenti di tenore diverso (*ex multis*, Cass. 19 febbraio 2015, n. 3320, in *Giur. it.*, 2015, p. 1104, con nota di GAMBOLI I., *Il giudizio civile di rinvio, un «procedimento chiuso»*, dove si afferma che «neppure le questioni esaminabili d'ufficio, non rilevate dalla S.C., possono, in sede di rinvio, dedursi o comunque esaminarsi, in quanto il riesame finirebbe per porre nel nulla o limitare gli effetti stessi della sentenza di Cassazione»; Cass. 13 novembre 2019, n. 29328, in *Corr. giur.*, 2020, p. 842, con nota di QUEZOLA L., *Statuto dei poteri del giudice del rinvio e altre questioni*). Un discorso diverso potrebbe essere svolto con riguardo alle questioni *illegittimamente non esaminate*, potendo configurarsi in tale ultimo caso un vizio della sentenza denunciabile in Cassazione con uno specifico motivo di impugnazione incidentale (ma v. i rilievi svolti in precedenza circa i diversi orientamenti in letteratura quanto alle tecniche di riemersione delle questioni non esaminate, anche per una eventuale differenziazione tra questioni ritualmente assorbite e questioni illegittimamente pretermesse). In dottrina, si v. GAMBINERI B., *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, cit., p. 265 ss. (la quale, tuttavia, in considerazione della personale visione del giudizio di

La previsione dell'omessa pronuncia su (domande e) eccezioni quale motivo di impugnazione del lodo rituale acquista allora autonomo rilievo nella prospettiva dei meccanismi di formazione dell'oggetto del giudizio di impugnazione, perché – diversamente dall'appello – genera un onere di impugnazione anche rispetto alle questioni, *non rilevabili d'ufficio*, pretermesse (o anche assorbite) nel giudizio arbitrale.

Ma il motivo di impugnazione di cui al n. 12 dell'art. 829 assume un non marginale valore anche sul piano sistematico.

Nel sistema antecedente alla riforma dell'arbitrato del 2006, la diversa formulazione del n. 4 dell'art. 829, nell'ambito del quale erano incluse l'extrapetizione e l'omessa pronuncia<sup>774</sup>, legittimava gli interpreti a ritenere che il motivo in esame non riguardasse le eccezioni formulate per resistere alla domanda<sup>775</sup>. Si affermava, invero, che l'assenza di una esplicita pronuncia sulla questione non si risolveva «nel mancato esercizio della potestà decisoria degli arbitri sull'oggetto del compromesso, ma nell'insufficiente motivazione del dispositivo di accoglimento»<sup>776</sup>, con conseguente necessità di ricondurre il vizio in esame al difetto di motivazione *ex art. 829*, comma 1, n. 5. Questo motivo di impugnazione, peraltro, era proponibile solo dal soccombente pratico, perché il carattere aperto del *iudicium rescissorium* garantiva l'automatica devoluzione delle eccezioni non esaminate – a prescindere dalla loro rilevanza o meno

---

rinvio, quale fase rescindente del giudizio di Cassazione, ritiene preferibile l'opzione che rinviene in capo alla parte interessata l'onere di portare la questione assorbita davanti alla Corte di cassazione a pena della definitiva perdita della questione nel giudizio di rinvio); COMASTRI M. A., *Giudizio di Cassazione*, cit., p. 177 – 181 (secondo cui le questioni ritualmente assorbite dovrebbero essere riproposte già nel giudizio di Cassazione, perché il sistema normativo sul giudizio di legittimità, contemplando la possibilità di una conclusione con pronuncia definitiva sulla domanda originaria *ex art. 384*, comma 2, rende necessario trasferire già in quella sede ogni questione rilevante; l'A., tuttavia, non arriva a configurare un onere di riproposizione, a pena di decadenza, della questione assorbita già in Cassazione, scorrendo piuttosto di *possibilità* di riproposizione anticipata); PANZAROLA A., *La Cassazione civile giudice del merito*, II, cit., p. 913; RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 283, nota 241.

<sup>774</sup> L'art. 829, comma 1, n. 4, nella formulazione precedente alla novella del 2006, riconosceva l'impugnabilità del lodo che «ha pronunciato fuori dei limiti del compromesso o [che] non ha pronunciato su alcuno degli oggetti del compromesso».

<sup>775</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA E., *op. ult. cit.*, p. 765.

<sup>776</sup> RUFFINI G., *La divisibilità del lodo arbitrale*, cit., p. 157.

d'ufficio – per effetto dell'accoglimento dell'impugnazione per nullità proposta dal soccombente<sup>777</sup>.

La previsione in esame consegna oggi all'interprete un ulteriore elemento a sostegno della tesi dell'autonomia della soluzione di questioni rispetto alla decisione sulla domanda. Tale indizio consente allora di ritenere se non certa almeno possibile, perché coerente con il sistema normativo in materia di arbitrato, la correlazione tra «parte di lodo» e soluzione di singole questioni, agli effetti della formazione dell'oggetto del giudizio di impugnazione e della correlativa misura dell'effetto preclusivo nella fase rescissoria, nonché ai fini della dichiarazione di nullità parziale del lodo *ex art. 830*, comma 1.

#### **4.5 Effettività del diritto dell'Unione e tecniche di riemersione nell'impugnazione per nullità di fattispecie governate dalla disciplina eurounitaria.**

##### *4.5.1 Impostazione della quaestio (attraverso l'indicazione di ipotesi esemplificative).*

Nei paragrafi precedenti sono stati analizzati i meccanismi che determinano la formazione dell'oggetto della cognizione della Corte di appello, rilevando in che misura l'acquiescenza e la divisibilità del lodo arbitrale concorrono alla progressiva cristallizzazione della decisione e alla riduzione del *thema decidendum* nella sede impugnatoria.

Si è sottolineata, per un verso, la funzione prevalentemente eliminativa dell'impugnazione per nullità, nella quale i vizi di attività e (negli angusti spazi ancora consentiti) di giudizio «costituiscono la corazza invalicabile dentro la quale va effettuato il controllo»<sup>778</sup> e, per altro verso, la natura tendenzialmente chiusa della fase rescissoria, in virtù della quale il merito della controversia è veicolato nel giudizio di impugnazione per un nuovo riesame solo nei limiti delle statuizioni annullate.

Si tratta adesso di verificare se e in che misura l'esigenza di effettività del diritto dell'Unione possa relativizzare i meccanismi di formazione dell'oggetto dell'impugnazione per nullità del lodo rituale,

---

<sup>777</sup> RUFFINI G., *op. ult. cit.*, p. 158.

<sup>778</sup> Mutuando le parole di VERDE G., *L'art. 393 c.p.c.: una disposizione da riscrivere*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 933, riferite però all'appello.

al fine di garantire la riemersione, nella fase impugnatoria, di fattispecie governate dalla disciplina eurounitaria.

Sono utili degli esempi.

Si pensi ad un accordo tra due società, in virtù del quale la prima di esse si impegna ad applicare a tutti gli immobili commerciali di cui è proprietaria un contratto di locazione tipo contenente l'obbligo di acquisto esclusivo di un quantitativo minimo di prodotti ad un prezzo specificato in favore della seconda società, peraltro detentrici di una quota significativa del mercato della vendita di quel prodotto. Si ipotizzi, allora, che a causa della mancata esecuzione della clausola di acquisto esclusivo da parte di uno dei locatari nei confronti dei quali è stato applicato il contratto tipo, la società produttrice proponga domanda di arbitrato in virtù di un compromesso. Benché il contratto principale sia potenzialmente idoneo a «impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza» (art. 101 TFUE) e, con esso, i contratti di locazione secondari, in quanto attuativi dell'intesa principale e ad essa collegati<sup>779</sup>, la questione della validità del contratto da cui deriva la pretesa creditoria dell'attore non forma oggetto di discussione tra le parti, né di rilievo officioso da parte degli arbitri. Il collegio arbitrale accoglie la domanda della società produttrice, omettendo di pronunciarsi sull'eccezione di inesigibilità del credito opposta dal convenuto. Quest'ultimo propone impugnazione per nullità del lodo per omissione di pronuncia (art. 829, comma 1, n. 12): *quid iuris* della questione dell'invalidità derivata della clausola di esclusiva contenuta nel contratto di locazione (perché, come si diceva, attuativo dell'intesa principale anticoncorrenziale)?

Volgendo lo sguardo alla tecnica devolutiva, si potrebbe sostenere che la Corte di appello possa esaminare d'ufficio l'eventuale natura anticoncorrenziale della fonte contrattuale: invero, la nullità del contratto è rilevabile d'ufficio e se sulla questione non vi è stata pronuncia permane il potere di rilevazione officiosa in capo al giudice dell'impugnazione.

La soluzione sembrerebbe trovare conferma nella doppietta delle sezioni unite nn. 26243 e 26242 del 12 dicembre 2014 secondo cui ove la sentenza nulla dica in motivazione in ordine all'avvenuto

---

<sup>779</sup> Sulla nullità dei contratti attuativi dell'intesa anticoncorrenziale, benché stipulati tra un soggetto partecipante all'intesa principale e un soggetto terzo, non partecipante all'intesa, LIBERTINI M., *Ancora sui rimedi civilistici conseguenti ad illeciti antitrust*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 246.

rilievo della nullità, rimarrà ferma la rilevabilità officiosa in fase di gravame del vizio genetico del contratto<sup>780</sup>.

Ritornando all'esempio di partenza, si può adesso ipotizzare che sulla questione della natura anticoncorrenziale dell'intesa gli arbitri si siano espressamente pronunciati. Così, ad esempio, il convenuto contesta la pretesa della società produttrice sostenendo che la clausola di acquisto esclusivo è in contrasto con l'art. 101 TFUE e proponendo, altresì, una domanda riconvenzionale di risarcimento del danno subito in conseguenza dell'assoggettamento alla clausola medesima, avendo l'imposizione del prezzo provocato una riduzione della redditività dell'attività. Il collegio arbitrale dichiara la natura anticoncorrenziale dell'accordo (e l'infondatezza della domanda principale a motivo della nullità) ma rigetta la domanda risarcitoria perché, per un verso, la parte convenuta ha avuto una responsabilità significativa nella distorsione della concorrenza e, per altro verso, perché non risulta provata la sua posizione di inferiorità grave nei confronti della controparte, tale da compromettere la sua libertà di negoziare le clausole dell'anzidetto contratto (in applicazione della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela risarcitoria del contraente di una intesa restrittiva della concorrenza)<sup>781</sup>. Solo il convenuto soccombente sulla riconvenzionale impugna il lodo, lamentando un *error in iudicando* commesso dagli arbitri, per avere questi male interpretato la giurisprudenza comunitaria in materia, sull'assunto che la medesima rimandi alla competenza nazionale la disciplina delle conseguenze civilistiche delle violazioni della normativa *antitrust*.

---

<sup>780</sup> CONSOLO C. – GODIO F., *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 234.

<sup>781</sup> Corte di giustizia, sentenza 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage*, da cui è tratta – sia pure con alcune varianti – la vicenda esemplificativa riportata nel testo. In tale sentenza si afferma: *a)* che il diritto nazionale può negare «ad una parte, della quale sia stata accertata una responsabilità significativa nella distorsione della concorrenza, il diritto di ottenere un risarcimento danni dalla controparte [...] conformemente ad un principio riconosciuto nella maggior parte degli ordinamenti giuridici degli Stati membri» secondo cui «un singolo non può trarre beneficio dal proprio comportamento illecito, qualora quest'ultimo sia accertato»; *b)* che è compito del giudice nazionale «verificare se la parte che sostiene di aver subito un danno in seguito alla conclusione di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza si trovasse in una posizione d'inferiorità grave, nei confronti della controparte, tale da compromettere seriamente, e perfino da annullare, la sua libertà di negoziare le clausole del detto contratto, nonché la sua capacità di evitare il danno o limitarne l'entità, in particolare sperando tempestivamente tutti i rimedi giuridici a sua disposizione» (punti 31 e 33).

Ebbene, l'avvenuta decisione sulla nullità del contratto per violazione della normativa *antitrust* preclude alla Corte di appello di giungere officiosamente ad una diversa soluzione sulla *quaestio* in assenza di una specifica attività impugnatoria della parte soccombente (nella specie, la società produttrice) sul corrispondente capo del lodo.

Dunque, nel primo caso considerato la *quaestio* della natura anticoncorrenziale del contratto permane nel potere di rilevazione officioso del giudice dell'impugnazione, perché – almeno per chi distingue i presupposti del «riesame» con quelli del «rilievo»<sup>782</sup> – l'assenza di una pronuncia sul fatto inizialmente rilevabile d'ufficio esclude qualunque potere monopolistico della parte (e salvo a voler ritenere che gli arbitri abbiano implicitamente ritenuto la validità del contratto)<sup>783</sup>. Nel secondo caso, invece, l'avvenuta decisione cancella ogni distinzione tra questioni rilevabili d'ufficio e non, rendendo necessario il compimento di una specifica iniziativa censoria della parte interessata, da attuarsi nelle forme dell'impugnazione (principale o incidentale), in assenza della quale la corrispondente parte del lodo diviene intangibile.

Allora, per tornare alla vicenda: *a*) la mancata impugnazione del capo del lodo di rigetto della domanda principale a motivo della nullità del contratto consegna quel capo al meccanismo dell'acquiescenza; *b*) l'intangibilità del capo per difetto di impugnazione determina una corrispondente riduzione dell'ambito della *cognitio* nel giudizio di impugnazione per nullità; *c*) infine, il carattere tendenzialmente chiuso della fase rescissoria fa sì che sia precluso alla Corte di appello il riesame della questione relativa alla natura anticoncorrenziale della fonte contrattuale, pur essendosi verificata la riemersione della domanda risarcitoria (in conseguenza

---

<sup>782</sup> Su questi profili, RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 266 s.; LUISE F. P., *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 21. Come evidenziato da PANZAROLA A., *Sul condizionamento de jure del ricorso incidentale per cassazione del vincitore nel merito*, cit., p. 194, l'autonomia delle figure della «rilevabilità» della questione non decisa, da un lato, e della «riesaminabilità» di essa, se già decisa, dall'altra è restaurata da Cass., sez. un., sentenza 6 marzo 2009, n. 5456.

<sup>783</sup> Ipotesi che, all'indomani delle sentenze 26243 e 26242 del 12 dicembre 2014 sembrerebbe potersi verificare solo allorché «la pronuncia impugnata contenga statuizioni che chiaramente si mostrino incompatibili con la nullità del contratto», ivi compreso «quando la sentenza dia atto che la nullità è stata rilevata e sottoposta alle parti, ma poi non la dichiara in motivazione» (CONSOLO C. – GODIO F., *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, cit., p. 240).

dell'accertata fondatezza dell'*error in iudicando* e del conseguente annullamento parziale del lodo ex art. 830, comma 1, c.p.c.).

4.5.2 *La dottrina della Corte di giustizia sulla cedevolezza del giudicato incompatibile con il diritto dell'Unione e la sua incidenza sulla quaestio della persistente «riesaminabilità», nella sede impugnatoria, di questioni di diritto dell'Unione coperte all'acquisita intangibilità del lodo (non definitivo o della parte di lodo definitivo) in conseguenza dell'operare del meccanismo dell'acquiescenza tacita qualificata.*

Questi rilievi devono ora essere accompagnati da ulteriori profili di indagine.

Anzitutto, vi è da chiedersi se la *primauté* del diritto dell'Unione possa spingersi fino al punto da ridimensionare la portata del meccanismo dell'acquiescenza qualificata al fine di garantire la riemersione, nella sede impugnatoria, di fattispecie governate dalla disciplina eurounitaria, pur trattandosi di fatti non più «rilevabili» officiosamente dal giudice dell'impugnazione – perché oggetto di decisione da parte degli arbitri – ma «riesaminabili» su necessario impulso di parte.

Ora, poiché il meccanismo dell'acquiescenza determina la perdita del potere di impugnazione e la stabilizzazione del capo di lodo non impugnato, è nell'ambito del filone che sacrifica il principio dell'intangibilità del giudicato sull'altare dell'effetto utile della normativa comunitaria che occorre tentare di rinvenire una risposta<sup>784</sup>.

Sovvengono allora in aiuto le riflessioni svolte nel cap. 1, in calce all'esame casistico della giurisprudenza della Corte di giustizia sul rapporto tra *res iudicata* e diritto dell'Unione (par. 1.9). In quella sede si è affermato che se è vero che il diritto dell'Unione ha in un certo qual modo relativizzato i principi che presiedono la certezza del diritto, esso sembra essere ancora lontano dal porre in discussione, in termini generali, la tenuta del giudicato allorché pronunciato in violazione di norme inderogabili dell'ordinamento eurounitario.

Sulla scorta delle considerazioni svolte in quella sede, si può operare un distinguo, isolando tre categorie di casi al cospetto dei

---

<sup>784</sup> Il tema è accennato anche da BOCCAGNA S., *sub* art. 829, cit., p. 461, nota 11, il quale evoca la sentenza *Lucchini* quale possibile causa di «sopravvivenza del vizio derivante dalla violazione di regole di ordine pubblico al passaggio in giudicato della sentenza».



quali sembra trovare spazio la disapplicazione delle disposizioni nazionali sull'efficacia del giudicato.

(i) La prima categoria riguarda il giudicato nazionale formatosi sulla base di una interpretazione errata del diritto dell'Unione cui il giudice nazionale è pervenuto sottraendosi all'*obbligo* di adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale (è questo il *leitmotiv* di *Köbler, Kühne & Heitz, Kempter e Pizzarotti*).

(ii) La seconda categoria ospita le sentenze pronunciate in settori di competenza esclusiva della Commissione e suscettibili di erogare le prerogative riservate a quest'ultima, perché l'accertamento in esse contenuto è in contrasto diretto con decisioni della Commissione, antecedenti o anche successive alla formazione del giudicato nazionale (è questo il tratto saliente di *Lucchini e Klausner Holz*).

(iii) La terza e ultima categoria è valida con specifico ed esclusivo riferimento alla materia consumeristica. Essa riguarda i casi in cui il complessivo *iter* processuale da cui origina il provvedimento assistito dall'autorità del giudicato non offre sufficienti margini di tutela giurisdizionale del consumatore, rendendo necessario l'esercizio del dovere di rilevazione officiosa della natura abusiva delle clausole contrattuali che sorreggono la pretesa creditoria del professionista nelle successive sedi processuali in cui il giudicato dovesse essere invocato (il pensiero corre a *Finanmadrid* e al ricco filone giurisprudenziale in materia di tecnica monitoria).

Ora, per evidenti ragioni l'ipotesi (i) non può trovare applicazione quale causa di relativizzazione del giudicato di matrice arbitrale, sicché l'attenzione dovrà essere posta sulle altre due classi di ipotesi.

La seconda categoria – (ii) – sottende situazioni eccezionali e non pare, pertanto, che possa sorreggere un ipotetico modello *ad hoc* in ordine ai poteri cognitori del giudice dell'impugnazione, garantendo la persistente riesaminabilità di questioni di diritto dell'Unione coperte all'acquisita intangibilità del lodo (non definitivo o della parte di lodo definitivo) per effetto dalla mancata impugnazione.

Peraltro, nella materia *antitrust* – che costituisce il più importante settore dove possono verificarsi interferenze tra la disciplina arbitrale e il diritto dell'Unione – l'ipotesi appare di difficile verifica anche in considerazione dell'ampio decentramento perseguito con la normativa in materia concorrenziale, nell'ambito della quale la centralizzazione e l'attribuzione di competenze realmente esclusive della Commissione cedono il passo ad un ampio decentramento in favore delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri e delle giurisdizioni nazionali.

Si può allora pensare che allorché si tratti di assicurare l'osservanza di decisioni adottate dalla Commissione su accordi, decisioni e pratiche ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE nell'ambito di procedimenti dalla medesima avviati, con l'effetto di sottrarre la corrispondente competenza all'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro (art. 11, par. 6, Regolamento (CE) n. 1/2003 del 16 dicembre 2002)<sup>785</sup>, quell'esigenza potrebbe condurre alla disapplicazione delle norme nazionali sull'efficacia del giudicato, allorché la pronuncia sia stata assunta ignorando la decisione della Commissione (arg. ex art. 16, par. 1, Reg. 1/2003/CE)<sup>786</sup>. L'ipotesi estrema qui considerata presenta la medesima *ratio* di *Lucchini* – per vero, in entrambe è in discussione l'esercizio di una facoltà comunitaria in quanto tale – sicché potrebbe argomentarsi l'applicazione estensiva di quell'*arrêt*.

Ma al di fuori del caso estremo appena considerato appare invece normale l'applicazione delle disposizioni in tema di acquiescenza e di formazione progressiva del giudicato (anche di matrice arbitrale).

#### 4.5.3 (*Segue*) *considerazioni specifiche legate alla materia consumeristica.*

La terza classe di ipotesi – (*iii*) – è quella che presenta una potenzialità applicativa ben più ampia, se non altro perché non è ancorata alla verifica di gravi ed eccezionali vicende erosive delle prerogative esclusive dell'Unione.

Il motivo di fondo della categoria, come più volte messo in evidenza nel corso di questo lavoro, consiste nell'assicurare sufficienti margini di accertamento officioso del vizio genetico per abusività di

---

<sup>785</sup> «L'avvio di un procedimento da parte della Commissione per l'adozione di una decisione ai sensi del capitolo III priva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato» (art. 11, par. 6, Regolamento (CE) n. 1/2003 del 16 dicembre 2002, ma v. anche il considerando n. 17).

<sup>786</sup> «Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in precedenti da essa avviati. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati. Tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'articolo 234 del trattato» (art. 16, par. 1, Reg. 1/2003/CE).

una o più clausole contrattuali, pur quando la pronuncia (che nulla dica in ordine all'avvenuto rilievo della nullità o che escluda la natura abusiva della clausola contrattuale) sia passata in giudicato. Tuttavia, il giudice dovrebbe pur sempre fondare la propria valutazione sulla base della dinamica processuale, verificando se la disciplina dello strumento impugnatorio sia tale da rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti al consumatore dall'ordinamento dell'Unione (*principio di effettività*).

Nel capitolo 3 (spec. par. 3.5.3) si è già avuto modo di osservare che il termine (breve) di novanta giorni previsto dall'art. 828 ai fini della proposizione dell'impugnazione per nullità sembra potersi considerare compatibile con il canone di effettività, attraverso un ragionamento *a fortiori* fondato sulla nota vicenda *Asturcom*, nella quale la Corte di giustizia, ritenendo sufficiente il termine di sessanta giorni previsto dalla normativa spagnola per proporre la *acción de anulación*, escludeva che il giudice dell'esecuzione del *dictum* arbitrale avesse l'obbligo di rilevare d'ufficio la natura abusiva della clausola compromissoria.

Se ciò è esatto, allora anche in questa classe di ipotesi continuano a trovare applicazione i normali meccanismi di devoluzione del materiale cognitorio dal giudizio arbitrale al giudizio di impugnazione. Ad esempio, dinanzi ad una pronuncia arbitrale che abbia deciso nel merito la domanda relativa ad un effetto del contratto senza dare atto del rilievo della nullità per abusività di una o più clausole, permane la facoltà di rilevazione officiosa in capo alla Corte di appello laddove la *quaestio* dell'esistenza di un valido rapporto contrattuale sia virtualmente trasferita alla sua cognizione. Per converso, la configurabilità di una statuizione sulla natura abusiva di una o più clausole della fonte contrattuale è sufficiente a sottrarre alla Corte di appello il potere di rilevazione officiosa della nullità, a vantaggio della diversa tecnica della riesaminabilità su sollecitazione di parte, da attuarsi nelle forme dell'impugnazione.

Un trattamento a sé merita la natura abusiva della clausola compromissoria, tema il quale è già stato affrontato nel capitolo 3: in questa sede appare opportuno coordinare le osservazioni lì svolte con la *quaestio* delle tecniche di formazione dell'oggetto del giudizio di impugnazione.

La giurisprudenza della Corte di giustizia, qualificando in termini di ordine pubblico le disposizioni a tutela dei consumatori di cui alla Direttiva 93/13/CEE, afferma che il giudice nazionale è tenuto a rilevare d'ufficio la natura abusiva della clausola compromissoria, benché non vi sia stata alcuna eccezione in tal senso da parte del

consumatore nel corso del procedimento arbitrale (eccezione richiesta dal diritto nazionale, pena la preclusione del potere di impugnazione).

Si è già osservato che, sebbene la giurisprudenza comunitaria invochi la contrarietà del lodo all'ordine pubblico, nella prospettiva interna la via solutoria più corretta è altrove ed è quella dell'impugnabilità del lodo a motivo dell'invalidità della convenzione di arbitrato. La variante, comunitariamente imposta, consiste piuttosto nell'esclusione della preclusione contemplata dall'art. 817, comma 2, c.p.c., in virtù della quale la mancata eccezione della carenza di *potestas* decisoria degli arbitri «per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato» nella prima difesa successiva all'accettazione dell'incarico preclude alla parte la possibilità di esperire l'impugnazione per nullità *in parte qua*.

Ora, se si accetta la premessa poco sopra esposta circa la perdurante applicabilità, anche nella materia consumeristica, della preclusione per mancata impugnazione nelle forme e nei tempi dell'art. 828 c.p.c., diviene agevole concludere che al di fuori di una specifica attività censoria del lodo arbitrale a motivo della natura abusiva della clausola compromissoria – pur non eccepita nel corso del procedimento arbitrale – il giudice nazionale non possa rilevare d'ufficio tale vizio nel giudizio di impugnazione introdotto per il tramite di altri motivi.

Al di fuori dei casi appena considerati, troverebbero normale applicazione i meccanismi di formazione progressiva del giudicato di matrice arbitrale: il contegno omissivo della parte convalida la decisione arbitrale su fattispecie governate dalla disciplina eurounitaria, riducendo correlativamente i margini di «riesaminabilità» delle questioni di diritto dell'Unione e di coinvolgimento pregiudiziale della Corte di giustizia. Per converso, il potere di «rilevazione» officioso dovrebbe permanere su quelle fattispecie rispetto alle quali non abbia fatto riscontro una pronuncia espressa da parte degli arbitri.

Sembra allora che la tecnica di devoluzione così definita si attagli armonicamente con il percorso tracciato dalla dottrina della Corte di giustizia, la quale richiede che la portata precettiva e preclusiva del giudicato sia circoscritta ai punti di fatto e di diritto effettivamente discussi<sup>787</sup>.

---

<sup>787</sup> Come è ben messo in evidenza da BIAVATI P., in *La crisi del giudicato*, cit., p. 343. Cfr., spec., Corte di giustizia, sentenza 3 settembre 2009, causa C-2/08,

Per completare il portato di queste precisazioni, è opportuno evidenziare che le soluzioni sin qui proposte costituiscono delle valutazioni di indirizzo più che di risultato. Invero, il tema dell'incidenza della *primauté* del diritto dell'Unione sulla dinamica processuale richiede soluzioni più elastiche, perché può acquisire dimensioni e declinazioni diverse, dipendenti dalle peculiarità delle vicende concrete e dal coinvolgimento (o meno) di profili cardine del diritto dell'Unione<sup>788</sup>.

#### **4.6 La struttura e i limiti del sindacato per *errores in iudicando* e la *quaestio* dei margini per un nuovo apprezzamento del fatto nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale.**

4.6.1 *L'ampiezza del sindacato per «violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia» (anche in via di differenziazione rispetto all'omologo motivo di impugnazione per errori di giudizio di cui all'art. 360, comma 1, n. 3) e i limiti del controllo del giudizio di fatto.*

Le righe successive ospitano alcune riflessioni di carattere generale sulla portata del sindacato per «violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia», al fine di tentare di raggiungere una certa chiarezza di idee intorno ad alcuni problemi di fondo, quali: a) la struttura e i limiti del sindacato per errori di giudizio; b) la consistenza della *quaestio iuris* nel giudizio di impugnazione per nullità; c) la possibilità (o anche necessità) di un sindacato particolare sulla motivazione del lodo.

Bisogna osservare che quelli appena riassunti sono il riflesso di altrettanti temi classici della teoria del sindacato di legittimità – tradizionalmente strutturato attorno all'aspirazione ad un controllo circoscritto alle *quaestiones iuris* –, temi i quali in questa sede verranno affrontati avendo lo sguardo rivolto non solo ai tratti

---

*Fallimento Olimpclub*, che opera una restrizione dei limiti oggettivi del giudicato, come già osservato nel cap. 1 (spec. par. 1.9.2).

<sup>788</sup> Per la differenziazione delle soluzioni, con riguardo al tema del rapporto tra diritto dell'Unione e giudicato nazionale, COREA U., *Il giudicato come limite alle sentenze della Corte costituzionale e delle Corti europee*, in *La crisi del giudicato*, cit., p. 272; Cass. 21 dicembre 2007, n. 26996, con cui è stata proposta la questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di giustizia che ha dato luogo alla pronuncia *Fallimento Olimpclub*.

peculiari dell'impugnazione per nullità, ma anche e soprattutto alle esigenze di effettività del diritto dell'Unione. In questa duplice prospettiva, allora, quelle problematiche di fondo sono indirizzate alla verifica della configurabilità di un modello a sé di sindacato sul giudizio di diritto, idoneo ad assecondare l'aspirazione ad un controllo adeguato circa l'esatta interpretazione e applicazione di disposizioni inderogabili dell'Unione (o di norme nazionali che traspongono tale diritto), anche al fine di garantire sufficienti margini di coinvolgimento pregiudiziale della Corte di giustizia.

Gli errori di giudizio rilevanti nella prospettiva dell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale sono riassunti con la formula «violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia» (art. 829, comma 3). Ampliando il punto di osservazione, soccorre in aiuto un confronto con la formula dell'art. 360, comma 1, n. 3, relativa all'analogo *error in iudicando* che legittima il ricorso in Cassazione. La più prossima delle disposizioni richiamate indica due errori prospettabili in ordine al ragionamento che si fa intorno alla norma sostanziale utilizzata come parametro di giudizio<sup>789</sup>: «violazione» e «falsa applicazione». La «violazione» si verifica allorché il giudice consegni al dato normativo astrattamente considerato un significato e/o una portata errati ovvero ricollegli a quel dato conseguenze giuridiche scorrette<sup>790</sup>; la «falsa applicazione» si colloca, invece, in un momento idealmente successivo, riguardando i casi in cui l'interprete, pur avendo individuato esattamente la portata precettiva della norma, la applica ad un fatto totalmente o parzialmente diverso da quello da essa presupposto<sup>791</sup>.

La distinzione è importante perché il controllo della falsa applicazione è spesso provocato da un vizio intrinseco del giudizio di fatto, il quale richiede talvolta uno scrupoloso esame della motivazione per affermare o escludere l'esistenza dell'*error* in questione. In altri termini, l'errore della falsa applicazione restringe notevolmente la linea di confine tra il giudizio di diritto e il giudizio di fatto, soprattutto in quei casi in cui la questione decisiva ammette obiettivamente più soluzioni, dipendenti dalle diverse oscillazioni del fatto astrattamente possibili, perché la correttezza della soluzione

---

<sup>789</sup> LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Milano, 2015, p. 431.

<sup>790</sup> MONTELEONE G., *Il controllo della Corte suprema sulla motivazione delle sentenze. Evoluzione storica*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 879.

<sup>791</sup> LUISO F. P., *op. ult. loc. cit.*; MONTELEONE G., *op. loc. ult. cit.*

finale è strettamente condizionata alla ricostruzione del fatto nella specifica vicenda concreta<sup>792</sup>.

Ora, l'espressione «violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia» utilizzata dal legislatore all'art. 829, comma 3, c.p.c., anziché «violazione o falsa applicazione di norme di diritto», indubbiamente restringe la profondità della censura sul *dictum* arbitrale, suggerendo all'interprete che il sindacato per *error in iudicando* assegnato al giudice dell'impugnazione per nullità debba avere un ambito più ristretto rispetto a quello che l'art. 360, comma 1, n. 3 consegna alla Corte di cassazione *in parte qua*. E tale restrizione consiste in ciò che gli errori intorno al metro di giudizio commessi dagli arbitri e suscettibili di venire in rilievo per il tramite dell'impugnazione per nullità siano solo quelli commessi intorno alla ricostruzione della portata precettiva della norma di diritto, con esclusione dell'errore di sussunzione (della falsa applicazione, appunto).

La sensazione è che il sistema normativo dell'impugnazione per nullità abbia voluto sottrarre alla Corte di appello il giudizio di fatto, consegnandole l'esame della *quaestio iuris* nei confortevoli e rassicuranti confini della violazione di norme di diritto, escludendo per converso ogni indagine sul momento applicativo, che è per

---

<sup>792</sup> Su questi profili, SASSANI B., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 849 ss., spec. p. 854, nota 23. L'A. ricorda, in particolare, le *questioni plurisolubili*, la cui soluzione è tradizionalmente sottratta al controllo diretto della falsa applicazione e ricondotta al controllo indiretto della motivazione per la difficoltà di generalizzare il caso di specie attraverso l'enunciazione del principio di diritto. Lo spostamento dal controllo diretto al controllo indiretto riguarda, in particolare: a) i concetti indeterminati; b) i concetti a fattispecie ampia, «il cui giudizio è seriamente condizionato dalle oscillazioni del fatto e dalla sua valenza nel contesto degli interessi in cui esso si muove»; c) i giudizi contenenti elementi *lato sensu* valutativi, caratterizzati dal fatto che «la ricostruzione fattuale apre la possibilità che soluzioni alternative possano venire legittimamente ricondotte alla fattispecie astratta». In proposito, è d'uopo richiamare anche le osservazioni di MAZZARELLA F., *Analisi del giudizio civile di Cassazione*, Padova, 1994, p. 79, sulla stretta correlazione tra il vizio di falsa applicazione di norme di diritto e quello di difetto di motivazione. Si afferma, in proposito, che la censura di cui all'art. 360, n. 5, «accompagna e completa quella prevista dal n. 3, avvalorando l'idea di una certa commistione tra le due; ciò nel senso che la seconda appare in pratica non completamente portata a segno se non unita ad una censura sulla motivazione relativa ai fatti ai quali quella data norma o quel principio dovrebbero applicarsi, o sono stati applicati».

definizione condizionato dalla ricostruzione in fatto della fattispecie concreta<sup>793</sup>.

La conclusione così raggiunta sul piano di una esegesi puramente letterale, sembrerebbe essere avvalorata da ulteriori norme, vale a dire gli artt. 823, n. 5 e 829, comma 1, n. 5, che sanzionano la sola mancanza di motivazione del lodo e non la insufficienza e la contraddittorietà della stessa (così come previsto, per il ricorso ordinario in Cassazione, dal vecchio art. 360, comma 1, n. 5, oggi radicalmente mutato dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 134).

È noto che la politica della Suprema Corte sul motivo di impugnazione in esame, pur nelle avverse opinioni della dottrina<sup>794</sup>, poggia sul diverso grado di censurabilità del difetto di motivazione del lodo rispetto all'analogo vizio della sentenza, e sulla sovrapposibilità dei due motivi (829, comma 1, n. 5 da un lato e 360, comma 1, n. 5 *ante* 2012, dall'altro) *solo* rispetto all'omissione di motivazione<sup>795</sup>. Invero, secondo un consolidato orientamento, l'annullamento del lodo può aversi solo allorché «la motivazione manchi del tutto o sia a tal punto carente da non consentire di comprendere l'*iter* del ragionamento compiuto dagli arbitri e di individuare la *ratio* della decisione adottata»<sup>796</sup>.

In sostanza, il sindacato giurisdizionale sulla motivazione del lodo rituale *ex art.* 829, comma 1, n. 5 sarebbe confinato entro gli angusti margini dei motivi carenti sotto il profilo formale o di quelli assolutamente inidonei a identificare la *ratio decidendi*: vizi i quali non potrebbero non integrare un autonomo *error in procedendo* per inosservanza del modello formale della decisione arbitrale disegnato dall'art. 823.

Appare evidente allora la differenza rispetto alla disciplina della motivazione della sentenza, perché la previgente formulazione dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., considerando anche la motivazione «insufficiente» e «contraddittoria», consentiva di estendere l'area del controllo anche ai vizi logici dell'argomentazione giuridica e alle

---

<sup>793</sup> MARINUCCI E., *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., p. 252.

<sup>794</sup> CONSOLO C., *L'impugnazione delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2008, p. 401; TARUFFO M., *Sui vizi di motivazione del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 507 ss.

<sup>795</sup> MARINUCCI E., *op. ult. cit.*, p.184.

<sup>796</sup> Cass. 14 febbraio 2003, n. 2211; MARINUCCI E., *op. ult. cit.*, p.184, cui si rinvia anche per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali.



violazioni delle regole che presiedono alla formazione della base legale del giudizio di fatto.

Le differenze tra il controllo in Cassazione sulla motivazione della sentenza e il controllo del giudice dell'impugnazione per nullità sulla motivazione del lodo non sembrano venir meno con l'attuale formulazione dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., che oggi considera l'«omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti». Al di là delle interpretazioni emerse in dottrina e in giurisprudenza sul nuovo testo, interpretazioni più o meno sofisticate e salvifiche del difetto di motivazione<sup>797</sup>, è sufficiente osservare che la disposizione di nuovo conio consente ancora il controllo sul giudizio di fatto, sia pure *indiretto* e *limitato* al fatto decisivo trascurato, mentre siffatto controllo risulterebbe del tutto estraneo al giudizio di impugnazione per nullità del lodo.

---

<sup>797</sup> Su questi profili, in dottrina, SASSANI B., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza*, cit., p. 849 ss.; BOVE M., *Giudizio di fatto e sindacato della corte di cassazione: riflessioni sul nuovo art. 360 n. 5 c.p.c.*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); MONTELEONE G., *Il controllo della Corte suprema*, cit., p. 871 ss.; RICCI G. F., *Il velo squarciato: la suprema Corte apre la porta al sindacato di legittimità sul giudizio di fatto*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 354 ss.; POLI R., *Logica del giudizio di fatto, standard di prova e controllo in Cassazione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it). Per la giurisprudenza, Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053, secondo cui per effetto della nuova formulazione del n. 5 dell'art. 360 il vizio di motivazione è censurabile in Cassazione solo quando esso affondi le radici nella violazione di legge, il che porta a restringere la ricorribilità ai soli casi di omessa e contraddittoria motivazione, con esclusione del controllo sulla sua sufficienza. Più di recente, la Cassazione è ritornata sul tema con la pronuncia 7 luglio 2017, n. 16502, dove si apre alla possibilità del sindacato sul giudizio di fatto dal punto di vista della coerenza razionale del procedimento inferenziale (come evidenziato da RICCI G. F., *Il velo squarciato*, cit., p. 371 ss., al quale si rinvia per una approfondita disamina della pronuncia). In sintesi, l'orientamento giurisprudenziale prevalente afferma che equivale a difetto assoluto di motivazione, suscettibile di sindacato in Cassazione ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4, la «motivazione apparente», il «contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili», la «motivazione perplessa e obiettivamente incomprensibile», mentre è esclusa la rilevanza della semplice insufficienza. Sull'orientamento poc'anzi esposto, AULETTA F., *Diritto giudiziario civile*, cit., p. 347; MONTELEONE G., *Il controllo della Corte suprema*, cit., p. 878.

4.6.2 *I momenti dell'iter logico della decisione devoluti alla cognizione del giudice dell'impugnazione per nullità ai sensi dell'art. 829, comma 3, e la necessità di un più approfondito controllo sulla motivazione (in diritto).*

Dalle riflessioni sin qui svolte può desumersi che: (i) l'art. 829, comma 3, nella parte in cui discorre di «violazione di regole di diritto relative al merito della controversia», sembra disegnare un sindacato di ampiezza minore rispetto a quello contemplato dall'art. 360, comma 1, n. 3, privilegiando, tra gli errori prospettabili in ordine al ragionamento in diritto, quelli a cui siano incorsi gli arbitri nella ricostruzione della portata precettiva della norma astrattamente applicabile; (ii) l'esegesi letterale della disposizione sembrerebbe voler escludere eccessive commistioni tra giudizio di fatto e giudizio di diritto, sottraendo al giudice dell'impugnazione per nullità – almeno nella fase rescindente (per la fase rescissoria v. infra) – quei profili del giudizio di diritto condizionati dalle particolari risultanze del fatto (benché non possa escludersi in modo assoluto l'interscambiabilità pratica delle formule «violazione» e «falsa applicazione»<sup>798</sup>); (iii) il giudizio di fatto è oggetto di un controllo limitato e indiretto, mediante la deduzione della nullità del lodo per carenza del requisito essenziale della motivazione, al di fuori del quale il giudizio di fatto diviene impenetrabile.

Sembra allora che il giudizio di fatto giunga dinanzi alla Corte di appello tendenzialmente chiuso e che l'impugnazione per nullità esibisca uno schema di devoluzione che riproduce come vincolante la ricostruzione fattuale risultante dal lodo<sup>799</sup>.

---

<sup>798</sup> MAZZARELLA F., *Analisi del giudizio civile di Cassazione*, cit., p. 62, il quale afferma in modo chiaro che «nella «violazione di legge» non è mai estranea l'idea di una falsa applicazione delle norme ai fatti che non vi si riconoscono; e anche la disapplicazione comporta sempre una falsa applicazione della norma in luogo di quella che si sarebbe dovuta applicare»; ossia, «non c'è violazione di legge che non sia al tempo stesso una falsa applicazione di norme e viceversa». Sulla interscambiabilità nella prassi della «violazione» e della «falsa applicazione», v. anche AULETTA F., *Diritto giudiziario civile*, cit., p. 343; TISCINI R., *Il ricorso straordinario in Cassazione*, Torino, 2005, p. 336.

<sup>799</sup> Lo schema di devoluzione riassunto nel testo sembrerebbe evocare quello indicato da CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili*, cit., p. 256 ss., come possibile schema logico fondato sulla correlazione tra devoluzione automatica e iniziativa di parte. Nello schema proposto dall'A., la devoluzione automatica riguarda i fatti accertati nella sentenza secondo la ricostruzione storica in essa

Torna così in auge la complessa e dibattuta distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto, tradizionalmente elaborata al fine di circoscrivere il sindacato della Corte di cassazione all'esame dei soli aspetti strettamente giuridici della sentenza impugnata<sup>800</sup>. Il tema condurrebbe lontani, giacché ampio e articolato è il dibattito attorno alla struttura del ragionamento del giudice e alle tecniche di sindacato della decisione (anche) sotto il profilo motivazionale, tema il quale si confronta con autorevoli opinioni che, partendo dalla critica alla teoria del sillogismo giudiziale, negano alla radice la possibilità di separare concettualmente giudizio di fatto e giudizio di diritto<sup>801</sup>.

Allora, nella consapevolezza che ci si muove su un terreno scivoloso, lo sguardo non può che essere limitato a sintetiche valutazioni di indirizzo.

Anzitutto, si può assumere che in termini generali lo schema sillogistico è riduttivo e inadeguato a spiegare la struttura del giudizio di diritto, perché tale giudizio non si presenta come un passaggio deduttivo o sussuntivo, ma come un percorso dialettico e circolare, nel quale la norma e il fatto svolgono talvolta il ruolo di premesse, altre il ruolo di conseguenze<sup>802</sup>. Tuttavia, senza coinvolgere questo problema di ordine più generale, vale la pena di rinvenire uno schema semplificato del giudizio di diritto da assumere come premessa

---

contenuta e l'iniziativa censoria della parte sarebbe volta a riconsiderare le conseguenze giuridicamente rilevanti.

<sup>800</sup> Sull'orientamento tradizionale che circoscrive il sindacato della Corte di cassazione alle questioni di puro diritto al fine di salvaguardare la funzione di nomofilachia affidata alla Corte medesima e sui più recenti e critici orientamenti, che partono da una radicale messa in discussione della contrapposizione tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris*, v. i rilievi svolti nel secondo capitolo.

<sup>801</sup> CALOGERO G., *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, 1964, *passim*; più in generale, per una disamina delle elaborazioni concettuali estranee alla nostra tradizione giuridica circa la distinzione tra *quaestio iuris* e *quaestio facti*, BOVE M., *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti*, Milano, 1993, p. 29 ss. Su questi temi, più di recente, PANZAROLA A., *La Cassazione civile giudice del merito*, cit., vol. II, p. 717 ss. Sulla differenza tra riesame della decisione di merito e controllo sull'adeguatezza e sulla razionalità della motivazione, TARUFFO M., *Il controllo sulla motivazione della sentenza civile*, in *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, cit., p. 135 ss., sia pure nella prospettiva personale dell'A., secondo cui la motivazione è argomentazione giustificativa e razionalizzazione *ex post* della presupposta decisione, avente una funzione non già descrittiva del ragionamento, bensì giustificativa, ossia dimostrativa della razionalità delle scelte compiute.

<sup>802</sup> TARUFFO M., *Il controllo del diritto e del fatto in Cassazione*, in *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, cit., p. 119.

sufficiente per il discorso che si va conducendo. Si può allora impiegare come punto di partenza lo schema proposto nello studio del sindacato della Cassazione per errori di giudizio, schema il quale riassume in forma semplificata l'iter logico della decisione ed estrapola da esso i momenti devoluti alla cognizione della Corte. Tale iter è così ricostruito: a) ricostruzione dei fatti empirici rilevanti; b) scelta e interpretazione della norma sostanziale applicabile; c) qualificazione giuridica dei fatti e sussunzione di essi nella «fattispecie astratta»; d) determinazione delle conseguenze giuridiche previste dalla norma<sup>803</sup>.

---

<sup>803</sup> È la ricostruzione proposta da TARUFFO M., *Il controllo del diritto e del fatto in Cassazione*, cit., p. 118, e successivamente riproposto da GAMBINERI B., *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, cit., p. 225. La preclusione della *quaestio facti* nel giudizio di Cassazione e nel successivo giudizio di rinvio, allorché la sentenza sia cassata per *error in iudicando*, sembra pacifica nella giurisprudenza di legittimità. In essa si afferma che il giudice del rinvio è vincolato ai necessari presupposti di fatto da ritenersi implicitamente accertati in via definitiva nella precorsa fase di merito, e tale efficacia riguarda non soltanto le questioni in precedenza decise, ma anche quelle che la Corte di cassazione avrebbe potuto rilevare d'ufficio, quale naturale e logica premessa della pronuncia di annullamento. Nel giudizio di rinvio la preclusione in ordine ai presupposti di fatto incontra deroghe nei casi in cui la soluzione di ulteriori e diverse questioni di fatto si renda necessaria per l'applicazione del principio di diritto, il che può verificarsi, ad esempio, quando la Corte di cassazione abbia dato una diversa impostazione giuridica alla controversia (Cass. 12 marzo 2004, n. 5137), ovvero quando l'applicazione del principio di diritto richieda la soluzione di nuove questioni di fatto, solo in quel momento divenute rilevanti (Cass. 15 aprile 1976, n. 1338). Secondo GAMBINERI B., *op. ult. cit.*, p. 241, il vincolo del giudice del rinvio agli accertamenti di fatto contenuti nella sentenza cassata «trova una importante conferma di tipo positivo nel disposto dell'art. 384, comma primo parte seconda», dal momento che «la Corte di cassazione intanto può valersi degli accertamenti di fatto espressi nella sentenza di appello impugnata, in quanto tale accertamenti sarebbero idonei, qualora vi fosse rinvio, a vincolare anche il giudice del rinvio». Questo profilo rappresenterebbe la principale distinzione, quanto all'ampiezza dei poteri del giudice del rinvio, tra i casi di Cassazione per vizi di motivazione e quelli per *errores in iudicando*. Nel secondo caso, invero, il giudice del rinvio è tenuto solo ad uniformarsi al principio di diritto, senza possibilità di modificare l'accertamento e la valutazione dei fatti acquisiti al processo; nel primo caso, invece, egli conserva tutte le facoltà che gli competevano originariamente quale giudice del merito, relativi ai poteri di indagine e di valutazione della prova, sia pure nell'ambito dello specifico capo della sentenza di annullamento, anche se, nel rinnovare il giudizio sul fatto, egli è tenuto a giustificare il proprio convincimento evitando di fondare la decisione sugli stessi elementi del provvedimento annullato, ritenuti illogici e con necessità di eliminare le contraddizioni e sopperire ai difetti argomentativi riscontrati.

Ebbene, nello schema descritto le valutazioni compiute dal giudice investito dell'impugnazione del lodo rituale per *error in iudicando* si collocano nelle porzioni successive ad *a*), mentre il momento della ricostruzione fattuale è mantenuto fermo. In sintesi, posto il fatto empirico rilevante come vero, si controlla se esso è stato correttamente qualificato sotto il profilo giuridico, il che porta a circoscrivere l'indagine alla verifica circa l'esatta ricostruzione della portata precettiva della norma applicata<sup>804</sup>.

---

<sup>804</sup> TARUFFO M., *op. ult. cit.*, p. 119. Analogamente a quanto si verifica nel giudizio di Cassazione, il fondamento fattuale cessa di essere costituito unicamente dai dati desumibili dalla decisione e si rende necessaria una integrazione dell'accertamento allorché (*i*) l'annullamento del lodo avvenga per vizi di attività destinati a travolgere l'accertamento del fatto, o quando (*ii*) il riesame in diritto della decisione impugnata renda rilevanti fatti ulteriori e diversi rispetto a quelli accertati nel giudizio arbitrale. Per una disamina di questi profili, relativamente al giudizio di legittimità, COMASTRI M. A., *Giudizio di Cassazione e poteri officiosi in ordine alle questioni di merito*, cit., p. 137 ss. L'ipotesi (*i*), naturalmente, pone l'ulteriore *quaestio* dell'ampiezza dei poteri cognitori della Corte di appello e delle facoltà delle parti, sotto il profilo dell'integrazione dell'accertamento del fatto, allorché la decisione arbitrale sia annullata per un errore di attività. Spunti in questa direzione possono rinvenirsi nella giurisprudenza dedicata al giudizio di legittimità e al successivo giudizio di rinvio quando la sentenza è cassata per *error in procedendo* ex art. 360, comma 1, n. 4. In linea di massima, l'annullamento per vizi di attività impone di rinnovare il segmento del processo – più o meno ampio – a partire dal momento in cui si colloca il vizio, come sembrerebbe desumersi anche dall'art. 159 c.p.c., in base al quale la nullità di un atto si estende a quelli successivi che ne siano dipendenti, mentre quelli anteriori rimangono immuni. In relazione all'impugnazione per nullità si potrebbe allora ipotizzare che se l'*error* si verifica nel corso del procedimento arbitrale (il pensiero corre ai motivi contemplati nei numeri 7 e 9 dell'art. 829), le parti saranno ammesse a compiere tutte le attività che avrebbero potuto compiere a partire dal momento in cui si è verificato il vizio. La sensazione è che i vizi in questione siano statisticamente poco rilevanti, soprattutto perché l'art. 829, comma 2, c.p.c. contempla una generale fattispecie preclusiva del potere di impugnazione per la parte che ha dato causa a un motivo di nullità, che vi ha rinunciato o che non ha eccepito tale nullità nella prima istanza o difesa successiva (sulla cui portata si v. MARINUCCI E., *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., p. 238 ss.). Dunque, l'attenzione si sposta sui vizi che interessano il lodo, dal momento che si tratta della gran parte dei motivi di impugnazione considerati dall'art. 829 suscettibili di dar luogo al *iudicium rescissorium* dinanzi alla Corte di appello (vale a dire quelli di cui ai numeri 5, 6, 8, 11). Rispetto a queste ipotesi, la Corte di appello deve rinnovare il segmento decisorio, sicché occorrerebbe verificare se può rimettere la causa in istruttoria per una integrazione o sostituzione dell'accertamento del fatto risultante dalla decisione annullata. Si ricorderà, in proposito, che rispetto al giudizio di rinvio per cassazione della sentenza di appello per difetti relativi al provvedimento stesso, la giurisprudenza di legittimità si mostra altalenante: (*i*) alcune pronunzie affermano

Torna allora alla mente la teoria degli ordinamenti giuridici separati, proposta anche in Italia da una parte della dottrina, la quale postula l'«efficacia vincolante per lo *iudex nullitatis* del *giudizio di fatto* compiuto dagli arbitri»<sup>805</sup>.

Ora, al di là delle implicazioni dogmatiche di siffatto modo di concepire i rapporti tra arbitrato e giurisdizione, ciò che preme rilevare è che la menzionata teoria sottende uno schema di devoluzione prossimo a quello che in queste righe si è ritenuto di dedurre dal sistema normativo dell'impugnazione per nullità.

Siffatto schema di devoluzione, nel quale la ricostruzione fattuale è riprodotta come vincolante nel processo di impugnazione, sembra contemperare adeguatamente le esigenze di efficienza della tecnica arbitrale, tradizionalmente connesse al regime di stabilità della decisione finale, e quelle di effettività del diritto dell'Unione che, come più volte evidenziato nel corso di questo lavoro, richiedono un possibile coinvolgimento dell'autorità giurisdizionale nella risoluzione delle questioni di interpretazione e di validità del diritto dell'Unione, anche ai fini di un eventuale intervento pregiudiziale della Corte di giustizia. Invero, lo schema qui proposto consente di frazionare la cognizione nei diversi momenti in cui si compone, attribuendola in parte agli arbitri, per quanto riguarda il giudizio di fatto, e in parte anche alla giurisdizione, per quanto riguarda il giudizio di diritto<sup>806</sup>,

---

che il giudice è investito del potere/dovere di riesaminare il merito della controversia sulla base di quanto acquisito sino al momento dell'emissione della sentenza cassata, fermo restando, per le parti, il limite posto dall'art. 394, con conseguente impossibilità di rinnovare l'istruttoria (Cass., 13 febbraio 2002, n. 2085); (ii) altre, invece, attribuiscono al giudice del rinvio poteri più ampi, affermandosi, ad esempio, il dovere di riesaminare il merito della causa, senza limitarsi ad una formale rinnovazione della sentenza cassata (Cass. 1° agosto 1986, n. 4948); sulla stessa scia di questa seconda opzione si afferma che il giudice del rinvio non può limitarsi ad una rinnovazione della motivazione sulla base della sentenza cassata, ma è investito del potere/dovere di riesaminare il merito della causa nell'ambito del giudizio nel quale le parti, salvi i limiti dell'impugnazione a suo tempo proposta, sono libere di svolgere tutte le difese e le argomentazioni ritenute adeguate (Cass. 14 dicembre 2000, n. 15787).

<sup>805</sup> MAZZARELLA F., *Arbitrato e processo. Premesse per uno studio sull'impugnazione del lodo*, Padova, 1968, p. 166. Per una critica a tale impostazione, v. spec. RUFFINI G., *La divisibilità del lodo arbitrale*, cit., p. 322 s.

<sup>806</sup> «Il significato dell'ultimo capoverso dell'art. 829 a nostro avviso sta tutto qui, nella possibilità di restringere (si badi, *ab initio*) l'*arbitrium* del terzo alla risoluzione delle questioni che non siano quelle relative alla applicazione e interpretazione delle «norme di diritto»» (MAZZARELLA F., *Arbitrato e processo. Premesse per uno studio sull'impugnazione del lodo*, cit., p. 138).

sia pure nei limiti delle questioni di interpretazione e/o validità delle norme dell'Unione.

Per concludere sul punto rimane da osservare che il controllo giurisdizionale così ricostruito implica la possibilità di ripercorrere il giudizio di diritto formulato dal collegio arbitrale, al fine di verificare la correttezza dei vari passaggi in cui esso si articola<sup>807</sup>. Se si accetta questa premessa, diviene agevole concludere che gli arbitri siano tenuti a corredare la decisione da una adeguata motivazione in diritto<sup>808</sup> e, correlativamente, che alcuna «asimmetria di garanzie rimediale»<sup>809</sup> tra il lodo e la sentenza può prospettarsi rispetto al discorso giustificativo sulla *quaestio iuris*.

In questa prospettiva, la motivazione in diritto potrebbe avere una autonoma rilevanza perché consentirebbe al giudice dell'impugnazione, in sede di rilievo o riesame di questioni di diritto dell'Unione, di verificare *se* tali questioni siano state esaminate (al fine di definire i presupposti del rilievo officioso e del riesame) e *come* siano state risolte (allo scopo di fissare la base del controllo sul giudizio di diritto provocato dall'iniziativa impugnatoria della parte).

#### 4.6.3 *La differenza (qualitativa, non già quantitativa) tra il sindacato per errori di giudizio e quello per contrarietà all'ordine pubblico.*

Residue esigenze di completezza suggeriscono di concludere l'analisi sin qui condotta con alcuni rilievi legati alla differenza tra il sindacato per *errores in iudicando* e quello per contrarietà all'ordine pubblico.

---

<sup>807</sup> TARUFFO M., *Il controllo del diritto e del fatto in Cassazione*, cit., p. 121. La motivazione dovrebbe allora ripercorrere tutti i momenti in cui si sostanzia il giudizio di diritto, così riassunti dall'A.: a) «scelta della norma applicabile»; b) «interpretazione di essa come ascrizione di significato (o di più significati, con relativa scelta) all'enunciato normativo»; c) «qualificazione giuridica dei fatti concreti secondo la fattispecie astratta prevista dalla norma»; d) «determinazione delle conseguenze giuridiche» (spec. p. 118).

<sup>808</sup> Questa conclusione è proposta anche da MARINUCCI E., *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., p. 190 s., a motivo della insindacabilità del lodo per *errores in iudicando*. Si afferma, invero, che «[n]egare alla corte d'appello il potere di annullare un lodo, nel caso questo sia privo di una motivazione in diritto comprensibile e pertinente, significherebbe infatti autorizzare gli arbitri a non dare alcuna spiegazione in punto di diritto, in tutti i casi in cui le parti abbiano rinunciato all'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia».

<sup>809</sup> Secondo le parole di CONSOLO C., *L'impugnazione delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 401.

Si è detto in più occasioni che per effetto della novella dell'arbitrato del 2006 la violazione dell'ordine pubblico costituisce un irrinunciabile motivo di impugnazione del lodo (art. 829, comma 3, secondo periodo), mentre gli *errores in iudicando* non sono di regola invocabili, salva diversa previsione delle parti o della legge. L'espulsione degli errori di giudizio in favore della violazione dell'ordine pubblico è funzionale al desiderio di garantire una maggiore stabilità alla decisione arbitrale: la correlazione tra il mezzo e il fine poggia sulla premessa implicita che le due categorie di vizi siano legate da un rapporto di specialità, in virtù del quale la violazione delle regole di diritto contiene sempre la contrarietà all'ordine pubblico, mentre quest'ultima recepisce solo le più gravi violazioni delle regole di diritto.

Si tratta di una premessa rispetto alla quale ci si è voluti mantenere agnostici sin qui, perché essa non è indispensabile rispetto all'oggetto del presente lavoro, il quale muove dall'idea della autonoma sindacabilità del *dictum* arbitrale per violazioni della normativa dell'Unione, senza cioè che sia necessario ricorrere alla clausola dell'ordine pubblico.

I frequenti accenni alla struttura e ai limiti del sindacato per *errores in iudicando* rendono ora opportuna una sintetica riflessione sul cennato tema.

Rinviano alle considerazioni già svolte nel capitolo 3 (spec. par. 3.6) in ordine al significato della nozione di ordine pubblico e alla differenza tra essa e quella di imperatività della norma, si può osservare che il sindacato per violazione di regole di diritto e quello per contrarietà all'ordine pubblico non esprimono lo stesso fenomeno, ma presentano piuttosto una struttura e un contenuto diversi.

In proposito devono essere considerati i più recenti studi sull'ordine pubblico, i quali insegnano delle prospettive di indagine senz'altro innovative quanto alle tecniche di sindacato di un provvedimento (o di un atto) per non conformità alla menzionata nozione<sup>810</sup>. Queste riflessioni muovono dall'idea che l'ordine pubblico non sia un concetto unico e unitario, ma sia piuttosto il frutto di un bilanciamento tra valori e principi condizionati dalle peculiarità del caso concreto.

Tale concetto di ordine pubblico (c.d. «ordine pubblico del caso concreto») influisce sulle modalità di accertamento giurisdizionale, le

---

<sup>810</sup> Cfr. PERLINGIERI G. – ZARRA G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, *passim*.



quali esibiscono un percorso decisionale bifasico: una prima fase, funzionale all'individuazione dei principi (anche di ordine pubblico) che identificano la disciplina della vicenda oggetto di analisi; una seconda fase destinata alla individuazione, attraverso un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, dell'ordine pubblico del caso specifico. Siffatto bilanciamento può avere come conseguenza il riconoscimento di provvedimenti potenzialmente incompatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento, allorché l'annullamento (o il mancato riconoscimento) dei medesimi produca la compressione di principi altrettanto fondamentali nella prospettiva del caso concreto<sup>811</sup>.

Come si può agevolmente apprezzare, allora, il sindacato per errori di giudizio e quello per contrarietà all'ordine pubblico presentano una differenza non già quantitativa, bensì qualitativa. Invero: (i) il percorso decisionale intorno alla nozione di ordine pubblico può talvolta risultare notevolmente complesso, richiedendo una analitica ricostruzione della normativa applicabile alla controversia (nella prima fase) e un accurato apprezzamento delle peculiarità del caso concreto (nella seconda fase); (ii) l'accertata contrarietà all'ordine pubblico non presuppone necessariamente un *error in iudicando*, dal momento che la disciplina sostanziale può essere correttamente interpretata e applicata eppure la decisione può produrre effetti contrari rispetto all'ordine pubblico del caso concreto<sup>812</sup>.

Se si accettano queste premesse, risulta agevole concludere che forse il principale (se non l'unico) punto di contatto tra il sindacato per *errores in iudicando* e quello per contrarietà all'ordine pubblico consiste nell'offrire ancora una via per un apprezzamento del lodo dal punto di vista del suo contenuto, in un sistema normativo che normalmente limita il sindacato giurisdizionale ai vizi di attività.

Questa digressione non è stata del tutto inutile, perché essa dimostra che il sindacato limitato alla contrarietà all'ordine pubblico non è sempre garanzia di stabilità della decisione arbitrale, così come, per converso, quello per violazione di regole di diritto non è causa di instabilità, soprattutto allorché esso assuma come vincolante l'accertamento di fatto pregresso (così come si è ritenuto di dedurre dal sistema normativo dell'impugnazione per nullità).

---

<sup>811</sup> PERLINGIERI G. – ZARRA G., *op. ult. cit.*, p. 82 ss.

<sup>812</sup> In questi termini, pur partendo da una nozione unitaria e generica di ordine pubblico, MARINUCCI E., *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., p. 274 s.

#### 4.6.4 *Alcune considerazioni conclusive legate all'eventuale fase rescissoria.*

Rimane da aggiungere che i rilievi sin qui formulati, vuoi in ordine alla struttura e ai limiti del sindacato per errori di giudizio, vuoi in ordine alla differenza tra il controllo per *errores in iudicando* e il controllo di non contrarietà all'ordine pubblico, hanno una propria valenza nell'ambito del giudizio rescindente.

Quanto al *iudicium rescissorium* e ai criteri ai quali dovrebbe ispirarsi la Corte di appello allorché la decisione di merito non le sia sottratta dall'accordo delle parti *ex art. 830, comma 2*, il discorso è assai complesso, perché il tema è inevitabilmente influenzato dalle varie situazioni che in concreto possono verificarsi in funzione dello specifico errore di giudizio posto a base dell'annullamento del lodo. Nel tentativo di accennare ad alcuni aspetti di carattere generale – sicuramente non esaustivi rispetto al tema *de qua* – si può osservare che non sembra del tutto azzardato ipotizzare che nel giudizio rescissorio gli accertamenti di fatto eseguiti nel procedimento arbitrale costituiscano il presupposto a partire dal quale il giudice dell'impugnazione dovrà decidere la causa nel merito, eliminando i vizi del ragionamento in diritto che hanno motivato l'annullamento del lodo. Invero, se l'accertamento di fatto si fa impenetrabile e immutabile nella fase rescindente, tale non può che mantenersi anche nel *iudicium rescissorium*, in base ad una considerazione unitaria delle due fasi quanto ad ampiezza dei poteri cognitori del giudice dell'impugnazione. Si può allora ipotizzare una apertura all'integrazione della base fattuale allorché gli accertamenti pregressi non siano più pertinenti o esaustivi in base alla diversa impostazione giuridica data alla controversia.

Queste osservazioni non sono altro che il riflesso di ciò che emerge in modo chiaro e costante dalla giurisprudenza sull'art. 394, ult. comma, c.p.c., allorché il giudizio di rinvio consegue alla cassazione della sentenza per *errores in iudicando*<sup>813</sup>. Vero è che la giurisprudenza appena menzionata ha basi giustificative proprie, legate alla funzione della Cassazione (istituzionalmente deputata a concentrare le riflessioni sulla *quaestio iuris*) e al desiderio di preservare l'efficacia vincolante del principio di diritto (la cui portata sarebbe messa in discussione se il giudice del rinvio o del processo

---

<sup>813</sup> GAMBINERI B., *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, cit., p. 233 ss., alla quale si rinvia anche per gli opportuni richiami giurisprudenziali.

riproposto potesse liberamente pervenire ad un diverso accertamento *in facto* della controversia o potesse apprezzare diversamente le prove e gli accertamenti pregressi)<sup>814</sup>.

Eppure, il motivo di fondo di quell'orientamento potrebbe essere traslato all'impugnazione per nullità, la quale, per un verso, esibisce la funzione prevalentemente eliminativa del rimedio e la frattura tra momento rescindente e momento rescissorio e, per altro verso, sottende un meccanismo preclusivo quanto al giudizio di fatto a tratti finanche più stringente rispetto a quello del giudizio di Cassazione.

#### 4.7 Conclusioni.

L'indagine sin qui condotta ha consentito di dimostrare che nella disciplina dell'arbitrato la soluzione di singole questioni è dotata di piena autonomia rispetto alla decisione sulla domanda e che il risultato di scomposizione e riduzione dell'oggetto del contendere per consolidamento parziale possa realizzarsi *vuoi* per mancata impugnazione del lodo non definitivo, *vuoi* per effetto della proposizione di una impugnazione parziale avverso il lodo definitivo. Il meccanismo di consolidazione parziale delle decisioni su questioni provocato dall'acquiescenza tacita qualificata (art. 329, comma 2) influisce sulla latitudine della cognizione del giudice dell'impugnazione, sia nella fase rescindente, sia nell'eventuale fase rescissoria, come induce a ritenere il superamento normativo del principio di indivisibilità del lodo rituale (art. 830, comma 1). Ciò vuol dire che se ad una fattispecie rilevabile d'ufficio non faccia riscontro una pronuncia arbitrale, permane il potere di rilevazione officioso nella sede impugnatoria allorché la medesima fattispecie sia virtualmente devoluta alla cognizione del giudice dell'impugnazione per nullità (ad es., allorché essa costituisca l'antecedente necessario della *quaestio* sulla quale insiste l'iniziativa censoria di parte); per converso, l'avvenuta decisione sulla fattispecie sottrae la medesima dal terreno della «rilevabilità», a vantaggio della diversa tecnica della «riesaminabilità» ad iniziativa di parte, da attuarsi nelle forme dell'impugnazione, principale o incidentale (eventualmente condizionata).

Dunque, l'onere di impugnazione delle statuizioni su questioni e la correlativa e contraria possibilità di acquiescenza determinano la

---

<sup>814</sup> MAZZARELLA F., *Analisi del giudizio civile di Cassazione*, cit., p. 165 s.

misura e il limite del sindacato del giudice dell'impugnazione per nullità.

Questo meccanismo di affinamento progressivo della latitudine della cognizione del giudice dell'impugnazione appare normalmente applicabile anche al cospetto di fattispecie governate dalla normativa eurounitaria: il contegno omissivo della parte convalida la decisione arbitrale, riducendo correlativamente i margini di «riesaminabilità» delle questioni di diritto dell'Unione e di coinvolgimento pregiudiziale della Corte di giustizia; per converso, permane il potere di «rilevazione» su quelle fattispecie rispetto alle quali non abbia fatto riscontro una pronuncia arbitrale.

I rilievi poc'anzi formulati non sembra possano essere smentiti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di cedevolezza del giudicato incompatibile con il diritto dell'Unione, perché si è dimostrato che nessuna delle categorie riassuntive di tale giurisprudenza può allo stato sorreggere una differente tecnica di devoluzione della materia logica dal giudizio arbitrale al giudizio di impugnazione, al fine di soddisfare l'aspirazione alla perdurante riesaminabilità di questioni di diritto dell'Unione pur coperte dall'intangibilità del lodo.

Ne consegue che la *possibilità* (perché subordinata ad una iniziativa censoria della parte) di un sindacato sugli errori di giudizio commessi dagli arbitri attorno alla normativa eurounitaria appare (almeno allo stato attuale della giurisprudenza della Corte di giustizia) sufficiente a ricondurre ad unità il sistema.

Infine, la via solutoria qui proposta – secondo cui la violazione di norme dell'Unione appare suscettibile di sindacato giurisdizionale *ex* art. 829, comma 3, c.p.c. pur senza scomodare troppo la nozione di «ordine pubblico» – sembra soddisfare le esigenze di effettività del diritto dell'Unione senza sacrificare l'efficienza della «tecnica arbitrale», allorché si assuma uno schema devolutivo che recepisca come vincolante l'accertamento di fatto pregresso (così come si è ritenuto di dedurre dal sistema normativo dell'impugnazione per nullità).

## RICAPITOLAZIONE DEI RISULTATI RAGGIUNTI

La posizione e le attribuzioni dei giudici nazionali nella architettura giurisdizionale dell'Unione costituiscono oggetto di vivo e rinnovato interesse nelle riflessioni dottrinali e giurisprudenziali degli ultimi anni.

Si assiste, in particolare, ad un duplice percorso innovativo: per un verso, l'apertura ad un sindacato della Corte di giustizia sui profili strutturali e organizzativi dell'ordine giudiziario degli Stati membri e sullo *status* degli organi giurisdizionali interni (sindacato reso possibile dall'inclusione di questi ultimi nella cornice istituzionale dell'Unione, cfr. paragrafi 2.4 e 2.4.1); per altro verso, l'ampliamento delle attribuzioni istituzionali degli organi giurisdizionali interni, attribuzioni le quali appaiono oggi connotate dalla contemporanea presenza della *funzione giurisdizionale in senso stretto* e della *funzione di garanzia del diritto oggettivo* (cfr. paragrafo 2.5 e relativi sottoparagrafi).

Si tratta di due profili reciprocamente autonomi, che scaturiscono dal modo di operare del diritto dell'Unione negli ordinamenti giuridici interni (in particolare, dai principi del primato e dell'effetto diretto, i quali demandano agli organi giurisdizionali nazionali il compito di ricercare soluzioni agli eventuali conflitti tra il diritto interno e il diritto sovranazionale) e che consacrano la necessaria sinergia tra il giudice nazionale e il giudice dell'Unione in funzione dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto dell'Unione<sup>815</sup>.

La funzione degli organi giurisdizionali interni nella cornice istituzionale dell'Unione costituisce la premessa indispensabile di una serie di conclusioni raggiunte nel corso dell'odierno lavoro,

---

<sup>815</sup> Più di recente, su questo aspetto, TESAURO G., *L'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 16 dicembre 2020, spec. p. 241.

soprattutto in ordine al sistema dei limiti all'autonomia processuale degli Stati membri (cfr. paragrafi 1.2 e 1.2.1) e al suo principale paradigma concettuale, vale a dire il principio di effettività (cfr. paragrafi 1.3 e 1.4, con annessi sottoparagrafi). Invero, quest'ultimo nasce come criterio finalizzato a garantire l'effettività *della tutela* giurisdizionale delle situazioni giuridiche di vantaggio di derivazione comunitaria, sino a divenire *principio di efficacia della normativa dell'Unione complessivamente intesa* (cfr. paragrafi 1.4 e 1.4.1). Non sfuggirà, allora, che la nozione di effettività può essere oggi ricondotta all'idea della vincolatività e dell'efficacia delle norme e degli obiettivi dell'Unione (cfr. par. 1.4.2), risultando così giustificata la compressione del diritto processuale interno *anche* a fronte di esigenze di carattere sistematico, come la salvaguardia del sistema giurisdizionale dell'Unione e del meccanismo del rinvio pregiudiziale (cfr. par. 1.4.3, ma v. anche i paragrafi 1.6, 1.7, 1.9, e 1.10, per l'analisi della giurisprudenza comunitaria espressiva di tali profili).

La prima parte dell'odierno lavoro – attraverso l'analisi dei principi strutturali dell'integrazione eurounitaria e dell'architettura giurisdizionale dell'Unione – sorregge l'idea di una tendenziale insurrogabilità degli organi giurisdizionali degli Stati membri, motivata da diverse ragioni, solo in parte legate alla *quaestio* della legittimazione al rinvio pregiudiziale. Invero, per un verso, il giudice nazionale è vincolato ad una precisa gerarchia normativa incardinata attorno alla *primauté* del diritto dell'Unione, rispetto alla quale l'obbligo della disapplicazione e dell'interpretazione conforme costituiscono degli «imperativi categorici». Per altro verso, l'operato del giudice nazionale è soggettivamente imputabile allo Stato membro di appartenenza ed è, per questo, sottoposto ai meccanismi in grado di garantire la piena efficacia delle norme dell'Unione, vale a dire l'assoggettabilità dello Stato alla procedura d'infrazione e la responsabilità risarcitoria per violazione della normativa eurounitaria.

Questo profilo, ossia l'imputabilità allo Stato membro di appartenenza dell'operato dell'organo giudicante, costituisce la *conditio sine qua non* del riconoscimento della legittimazione al rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, stante la non coercibilità dell'obbligo del rinvio laddove lo *iudex a quo* non appartenga agli organi della giurisdizione statale, ed è stato considerato, nelle righe di questo lavoro, un ostacolo insormontabile al riconoscimento della legittimazione arbitrale al rinvio pregiudiziale (spec. par. 3.2 e relativi sottoparagrafi).

La seconda parte del lavoro delinea i diversi profili di interazione tra il diritto dell'Unione e l'arbitrato, dedicando particolare spazio al

tema dei margini di sindacato giurisdizionale della decisione arbitrale nella sede impugnatoria. Invero, esclusa la legittimazione arbitrale al rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, l'impugnabilità del *dictum* arbitrale per violazione della normativa dell'Unione costituisce la necessaria contropartita rispetto alla riconosciuta arbitrabilità delle controversie regolate dalla normativa eurounitaria.

Si tratta di una prospettiva tradizionalmente accolta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, sia pure attraverso la valorizzazione della clausola dell'ordine pubblico: eppure, l'incerta e mutevole consistenza del concetto di «ordine pubblico dell'Unione europea» (par. 3.6.1) e le diverse tecniche di sindacato della decisione arbitrale per contrarietà all'ordine pubblico (par. 3.4) lasciano emergere la precarietà della soluzione e la necessità di imboccare una strada parzialmente diversa, vale a dire quella della impugnabilità del lodo per violazione delle norme di diritto (dell'Unione).

Questi rilievi non sono altro che il riflesso del recente insegnamento della cultura processualista (sviluppato in alcuni settori di diritto interno, quali il settore societario, quello in materia di contratti pubblici e quello lavoristico), il quale, partendo dalla distinzione tra le nozioni di «indisponibilità», «imperatività» e «ordine pubblico», giunge a dimostrare che il ricorso alla «tutela arbitrale» non implica disposizione della norma imperativa/inderogabile, ma solo la deviazione su un binario procedimentale diverso dalla giurisdizione statale l'accertamento e l'applicazione del diritto nel caso concreto. Sicché, ferma l'arbitrabilità della controversia, la garanzia dell'esatta attuazione della norma connotata in termini di imperatività può essere conseguita attraverso la sindacabilità del lodo per violazione di norme di diritto (dunque, attraverso un accorgimento in punto di «tecnica arbitrale»).

La via della sindacabilità del *dictum* arbitrale per *errores iuris in iudicando* sembra particolarmente aderente rispetto alle controversie concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione: essa, infatti, consente di ancorare la tutela arbitrale alla giurisdizione statale (*rectius*, offre sufficienti margini per imputare, sia pure *ex post*, la decisione arbitrale allo Stato membro), contribuendo a rendere la disciplina positiva in materia di arbitrato coerente e conforme ai meccanismi di correzione delle violazioni del diritto dell'Unione (cfr. paragrafi 2.7 e 3.8.5).

La soluzione sembra praticabile già *de iure condito*, almeno laddove si condividano i rilievi sistematici (legati ai connotati strutturali e ai limiti del giudizio equitativo) ed esegetici (relativi alla portata della clausola di rinvio di cui all'art. 829, comma 3, c.p.c.)

formulati in chiusura del terzo capitolo (par. 3.9 e relativi sottoparagrafi).

L'ultimo capitolo ha consentito di dimostrare, per un verso, che nella disciplina dell'arbitrato la soluzione di singole questioni è dotata di piena autonomia rispetto alla decisione sulla domanda e, per altro e conseguente verso, che l'onere di impugnazione delle statuizioni su questioni (e la correlativa e contraria possibilità di acquiescenza) determina la misura e il limite del sindacato del giudice dell'impugnazione per nullità (cfr. paragrafi da 4.2 a 4.4.1).

Questo meccanismo di affinamento progressivo della latitudine della cognizione del giudice dell'impugnazione appare normalmente applicabile anche al cospetto di fattispecie governate dalla normativa eurounitaria: il contegno omissivo della parte convalida la decisione arbitrale, riducendo correlativamente i margini di «riesaminabilità» delle questioni di diritto dell'Unione e di coinvolgimento pregiudiziale della Corte di giustizia (cfr. paragrafo 4.5 con annessi sottoparagrafi).

Ne consegue che la astratta *possibilità* di sottoporre alla giurisdizione statale le questioni di interpretazione e/o applicazione della normativa eurounitaria, consentita dalla censurabilità del *dictum* arbitrale per errori di diritto (dell'Unione) – dunque subordinatamente ad una iniziativa censoria di parte –, potrebbe essere sufficiente a ricondurre la «tecnica arbitrale» nei binari dei meccanismi in grado di garantire la piena efficacia delle norme dell'Unione.

Infine, la via solutoria proposta nel corso di questo lavoro – secondo cui la violazione di norme dell'Unione appare suscettibile di sindacato giurisdizionale *ex art. 829, comma 3, c.p.c.* pur senza scomodare troppo la nozione di «ordine pubblico» – sembra soddisfare le esigenze di effettività del diritto dell'Unione senza sacrificare l'efficienza della «tecnica arbitrale», allorché si assuma uno schema devolutivo nel quale il giudizio di fatto si fa impenetrabile (così come si è ritenuto di dedurre dal sistema normativo dell'impugnazione per nullità), ferma una eventuale integrazione della base fattuale nel *iudicium rescissorium* allorché gli accertamenti pregressi non siano più pertinenti o esaustivi (cfr. paragrafo 4.6 con relativi sottoparagrafi).



## INDICE

INTRODUZIONE .....	3
PRIMA PARTE LA FUNZIONE DEL GIUDICE NAZIONALE NELL'ARCHITETTURA GIURISDIZIONALE DELL'UNIONE: LINEAMENTI GENERALI .....	10
CAPITOLO 1 I PROFILI STRUTTURALI DELL'INTEGRAZIONE PROCESSUALE: IL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ, L'«AUTONOMIA PROCESSUALE» E LA COOPERAZIONE IN FORMA COATTIVA. ....	12
1.1 Premessa. ....	13
1.2 «Autonomia procedurale» e «autonomia processuale»: problemi definatori e ricostruttivi del relativo fondamento teorico. ....	15
1.2.1 L'incidenza della <i>primauté</i> del diritto dell'Unione sugli ordinamenti processuali degli Stati membri e le tecniche di ricognizione delle antinomie nella giurisprudenza della Corte di giustizia. ....	21
1.3 I parametri di valutazione del diritto processuale nazionale: i principi di effettività e di equivalenza. ....	27
1.4 Il concetto di «effettività» rilevante nell'indagine sull'autonomia processuale degli Stati membri. ....	33
1.4.1 La distinzione tra il «principio di effettività» del diritto dell'Unione e il «diritto alla tutela giurisdizionale effettiva» delle posizioni di vantaggio di derivazione comunitaria.....	34
1.4.2 La connotazione «oggettiva» del principio di effettività: una proposta definitoria alla luce della dottrina della Corte di giustizia. ....	39
1.4.3 La salvaguardia del corretto funzionamento del sistema giurisdizionale dell'Unione attraverso la limitazione dell'autonomia processuale: la sentenza <i>Factortame</i> quale	

prima ipotesi applicativa del principio di effettività nella sua connotazione oggettiva.....	41
1.4.4 L'incidenza del canone di effettività del diritto dell'Unione sui procedimenti a struttura impugnatoria: l'approccio casistico e il c.d. «test di compatibilità».....	44
1.5 La risoluzione dei conflitti (anche) nella materia processuale: l'incerto confine tra l'interpretazione conforme e la disapplicazione vera e propria.....	50
1.5.1 La sentenza <i>Océano Grupo</i> tra «efficacia interpretativa» ed «efficacia applicativa» della direttiva non trasposta nei termini.....	55
1.6 Una premessa sulla «cooperazione in forma coattiva».....	58
1.7 I problemi connessi alla responsabilità risarcitoria dello Stato per fatto del giudice supremo e la questione della configurabilità della responsabilità nei casi di violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale.....	59
1.7.1 La connessione tra violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e responsabilità risarcitoria: una schematizzazione. L'omissione del rinvio pregiudiziale quale possibile ipotesi ampliativa della responsabilità risarcitoria anche per atti imputabili agli organi giurisdizionali non di ultima istanza.....	71
1.7.2 La sentenza <i>Traghetti del Mediterraneo</i> e il problema della sovrapposizione tra l'illecito giudiziario in senso proprio e l'illecito comunitario dello Stato.....	73
1.8 La procedura di infrazione quale ipotesi sanzionatoria percorribile nei casi di violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale.....	78
1.9 L'incidenza del diritto dell'Unione sui provvedimenti giurisdizionali interni assistiti dall'autorità del giudicato.....	84
1.9.1 Il superamento del giudicato interno in conseguenza della violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale.....	85
1.9.2 La sorte del giudicato nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione in materia di aiuti di Stato e le ulteriori sentenze della Corte di giustizia sull'articolo 2909 del codice civile italiano.....	90

1.9.3 La preclusione del giudicato nell'ordinamento spagnolo e l'impiego del canone di effettività: una lettura congiunta delle sentenze <i>Asturcom</i> e <i>Finanmadrid</i> .....	96
1.9.4 Una sistematizzazione delle pronunce relative all'incidenza del diritto dell'Unione sui provvedimenti nazionali assistiti dall'autorità del giudicato.....	99
1.10 Conclusioni (di breve periodo). ....	101
 CAPITOLO 2 L'ARCHITETTURA GIURISDIZIONALE DELL'UNIONE E LE RINNOVATE FUNZIONI DEGLI ORGANI GIURISDIZIONALI NAZIONALI .....	
	104
2.1 Premessa. ....	105
2.2 La Corte di giustizia nella cornice giurisdizionale dell'Unione e il procedimento pregiudiziale. ....	107
2.2.1 Il discusso tema della natura e dell'efficacia delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia. ....	113
2.2.2 <i>Segue</i> : ricostruzione degli effetti delle sentenze pregiudiziali di interpretazione. ....	116
2.3 Il giudice nazionale nella architettura giurisdizionale dell'Unione: considerazioni introduttive. ....	132
2.4 La <i>posizione</i> del giudice nazionale nel quadro giurisdizionale dell'Unione e l'ampliamento delle garanzie di indipendenza del medesimo per effetto della giurisprudenza della Corte di giustizia. ....	135
2.4.1 L'articolo 19 TUE quale strumento di tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea: l'indipendenza della magistratura in Polonia. ....	138
2.5 Il controllo diffuso sull'ordinamento del diritto dell'Unione: le <i>funzioni</i> degli organi giurisdizionali interni alla luce della dottrina della Corte di giustizia.....	145
2.5.1 Il parere 1/09 della Corte di giustizia e il «principio di condivisione della responsabilità». ....	146
2.5.2 Il problema della (in)compatibilità dei meccanismi di risoluzione delle controversie posti al di fuori del quadro giurisdizionale dell'Unione. ....	149

2.6 Le funzioni istituzionali degli organi giurisdizionali interni nella prospettiva del diritto dell'Unione: ipotesi di lettura.....	151
2.6.1 Il ruolo del giudice nazionale tra <i>jus litigatoris</i> e (nuovo) <i>jus constitutionis</i> .....	151
2.6.2 Segue: l'influenza della dottrina della Corte di giustizia sul metodo della giurisprudenza degli Stati membri. ....	154
2.6.3 Il processo di integrazione europeo e il rischio di un ridimensionamento della funzione di nomofilachia delle Corti di vertice.....	161
2.7 Conclusioni.....	170
SECONDA PARTE L'IMPUGNAZIONE PER NULLITÀ DEL LODO RITUALE IN FUNZIONE DEI MECCANISMI DI GARANZIA DELL'EFFICACIA DELLE NORME DELL'UNIONE. ....	174
CAPITOLO 3 IMPERATIVITÀ DELLE NORME E PROFILI DI «TECNICA ARBITRALE»: LA FUNZIONE DELL'IMPUGNAZIONE PER NULLITÀ DEL LODO ARBITRALE.....	176
3.1 Premessa.....	177
3.2 La complessa problematica della configurabilità dell'arbitro quale <i>iudex a quo</i> rispetto alla Corte di giustizia.....	178
3.2.1 Gli arbitri e il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE: lo stato dell'arte.....	178
3.2.2 Il problema della legittimazione al rinvio in relazione all'arbitrato convenzionale. La rilevanza, ai fini qualificatori, dei profili funzionali e organico-strutturali: il dibattito interno sulla legittimazione arbitrale al rinvio innanzi alla Corte costituzionale.....	182
3.2.3 Alcune precisazioni in ordine all'arbitrato con fonte in un trattato bilaterale a protezione degli investimenti esteri. ....	188
3.2.4 La necessaria esclusione degli arbitri dalla nozione di «giurisdizione» dello Stato: considerazioni finali anche in correlazione con il «principio di condivisione della responsabilità».....	193
3.3 L'arbitrabilità delle controversie regolate dal diritto dell'Unione e l'influenza di tale ordinamento sulla disciplina processuale in materia di arbitrato. L'arbitrato e le controversie <i>antitrust</i> .....	196

3.3.1 La sentenza <i>Eco Swiss c. Benetton</i> e la sua incidenza sul dibattito interno circa l'arbitrabilità delle controversie regolate dal diritto della concorrenza.....	196
3.4 L'inappagante ricorso alla clausola dell'«ordine pubblico» e gli incerti margini di controllo della decisione arbitrale tra «controllo incisivo» e «controllo esterno non intrusivo».....	202
3.5 Arbitrato e tutela dei consumatori.....	207
3.5.1 La dottrina <i>Mostaza Claro</i> : la riconduzione della direttiva 93/13/CEE nella nozione di ordine pubblico e la deroga, in materia consumeristica, alla regola della preclusione del potere di impugnazione per mancata eccezione dell'invalidità della convenzione di arbitrato.....	208
3.5.2 La sentenza <i>Asturcom</i> e la problematica dei margini di controllo della natura abusiva della clausola compromissoria nell'ambito dell'esecuzione forzata di un lodo non tempestivamente impugnato. Riflessioni sulla acritica soluzione prospettata dalla legislazione spagnola.....	212
3.5.3 L'incidenza della sentenza <i>Asturcom</i> nell'ordinamento interno e il tema del rapporto tra l'ambito del controllo demandato al giudice dell' <i>exequatur</i> e quello attribuito al giudice dell'impugnazione.....	216
3.5.4 La rilevanza delle sentenze in materia consumeristica sul tema dei margini di sindacato giurisdizionale in sede di impugnazione della decisione arbitrale.....	222
3.6 Le nozioni di indisponibilità, inderogabilità, imperatività e ordine pubblico nel dibattito sulla compromettibilità in arbitri e sui margini di sindacato del giudice dell'impugnazione. Alcuni chiarimenti terminologici.....	223
3.6.1 (Segue) Alcune riflessioni intorno al concetto di «ordine pubblico dell'Unione europea».....	236
3.7 Conclusioni di breve periodo.....	242
3.8 La doverosa differenziazione tra «tutela arbitrale» e «tecnica arbitrale». Ipotesi ricostruttive alla luce del diritto interno.....	244
3.8.1 La sovrapposizione tra «indisponibilità» (dei diritti) e «inderogabilità» (delle norme) e le ricadute nella definizione dell'ambito oggettivo di arbitrato: la tesi del monopolio dei giudici togati nell'applicazione delle norme inderogabili.....	244

3.8.2 <i>Segue</i> : e il suo superamento alla luce del diritto positivo. L'arbitrato da clausola compromissoria statutaria di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 e la perdurante problematica della deferibilità ad arbitri delle azioni di impugnazione delle delibere assembleari. ....	249
3.8.3 L'esito di una lunga «schizofrenia legislativa»: un rapido sguardo all'arbitrato in materia di contratti pubblici.....	257
3.8.4 La riforma dell'arbitrato del 2006: verso il progressivo allontanamento dell'arbitrato dai limiti previsti dall'ordinamento in ordine all'autonomia privata. La rilevanza e la consistenza del concetto di indisponibilità nel dibattito sulla compromettibilità in arbitri. ....	270
3.8.5 Profili di «tecnica arbitrale» nelle materie che sottendono norme inderogabili (anche dell'Unione), ovvero la necessaria congiunzione tra arbitrato e giurisdizione attraverso l'impugnazione per nullità. ....	275
3.9 L'apertura nella sede impugnatoria al vizio dell'errore di diritto (dell'Unione): prospettive <i>de iure condito</i> . In particolare, i connotati strutturali del giudizio di equità degli arbitri e le logiche ricadute sul tema dei margini di sindacato del lodo di equità e (a più forte ragione) di diritto. ....	277
3.9.1 Il dibattito sui limiti del giudizio equitativo nella giustizia minore e il connubio (costituzionalmente necessario) tra «equità» e «principi regolatori». ....	277
3.9.2 Gli arbitri e il giudizio di equità: la struttura e i limiti (derivanti dalle fonti sovraordinate). Una divagazione in tema di arbitrato «irrituale» nelle controversie di lavoro.....	283
3.9.3 Analisi dei dati esegetici: una ipotesi interpretativa della clausola di rinvio di cui al terzo comma dell'art. 829.....	295
3.10 Considerazioni conclusive. ....	298
<b>CAPITOLO 4 L'OGGETTO DELL'IMPUGNAZIONE PER NULLITÀ DEL LODO RITUALE E LA STRUTTURA DEL SINDACATO PER ERRORI DI DIRITTO (DELL'UNIONE).....</b>	<b>301</b>
4.1 Introduzione.....	302
4.2 L'inquadramento dell'impugnazione per nullità nell'ambito delle tradizionali elaborazioni concettuali sui mezzi di impugnazione delle sentenze. ....	304

4.3 I meccanismi di formazione dell'oggetto del giudizio di impugnazione per nullità del lodo rituale. ....	311
4.3.1 La <i>quaestio</i> (dell' <i>an</i> e del <i>quantum</i> ) dell'effetto devolutivo nelle impugnazioni con funzione eliminatória. ....	311
4.3.2 I meccanismi di tradizione del materiale cognitorio dal giudizio arbitrale al giudizio di impugnazione: considerazioni di portata generale. ....	319
4.3.3 Tentativi ricostruttivi dei meccanismi di formazione dell'oggetto (qualitativo) del giudizio di impugnazione per nullità del lodo rituale (innanzi all'evidente <i>deficit</i> normativo). In particolare, la <i>querelle</i> interpretativa sulla locuzione «parte di sentenza» e la sua rilevanza nell'indagine sulla latitudine della cognizione dello <i>iudex nullitatis</i> . ....	322
4.3.4 La nozione di «parte del lodo» (art. 830, comma 1) e il principio di divisibilità del <i>dictum</i> arbitrale. ....	329
4.4 L'impossibilità di considerare in forma unitaria i meccanismi di formazione dell'oggetto dell'impugnazione per nullità del lodo rituale e quelli propri dell'appello civile. ....	335
4.4.1 L'ammissibilità dell'impugnazione incidentale condizionata e il trattamento delle questioni pretermesse e assorbite. ....	337
4.5 Effettività del diritto dell'Unione e tecniche di riemersione nell'impugnazione per nullità di fattispecie governate dalla disciplina eurounitaria. ....	347
4.5.1 Impostazione della <i>quaestio</i> (attraverso l'indicazione di ipotesi esemplificative). ....	347
4.5.2 La dottrina della Corte di giustizia sulla cedevolezza del giudicato incompatibile con il diritto dell'Unione e la sua incidenza sulla <i>quaestio</i> della persistente «riesaminabilità», nella sede impugnatoria, di questioni di diritto dell'Unione coperte all'acquisita intangibilità del lodo (non definitivo o della parte di lodo definitivo) in conseguenza dell'operare del meccanismo dell'acquiescenza tacita qualificata. ....	351
4.5.3 (Segue) considerazioni specifiche legate alla materia consumeristica. ....	353

4.6 La struttura e i limiti del sindacato per <i>errores in iudicando</i> e la <i>quaestio</i> dei margini per un nuovo apprezzamento del fatto nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale. ....	356
4.6.1 L'ampiezza del sindacato per «violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia» (anche in via di differenziazione rispetto all'omologo motivo di impugnazione per errori di giudizio di cui all'art. 360, comma 1, n. 3) e i limiti del controllo del giudizio di fatto. ....	356
4.6.2 I momenti dell' <i>iter</i> logico della decisione devoluti alla cognizione del giudice dell'impugnazione per nullità ai sensi dell'art. 829, comma 3, e la necessità di un più approfondito controllo sulla motivazione (in diritto). ....	361
4.6.3 La differenza (qualitativa, non già quantitativa) tra il sindacato per errori di giudizio e quello per contrarietà all'ordine pubblico. ....	366
4.6.4 Alcune considerazioni conclusive legate all'eventuale fase rescissoria. ....	369
4.7 Conclusioni. ....	370
RICAPITOLAZIONE DEI RISULTATI RAGGIUNTI .....	372
INDICE.....	376