



Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 4/2021

1. TRA MANCATA RIAPERTURA DEL PROCEDIMENTO INTERNO E IMPARZIALITÀ DELL'ARBITRO: LA CORTE EDU ACCERTA LA VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU DA PARTE DELL'ITALIA

Il 20 maggio 2021, con la sentenza *BEG S.p.a. c. Italia*, la Prima Sezione della Corte EDU si è pronunciata sulla mancanza del carattere di imparzialità del tribunale, richiesto dal par. 1 dell'art. 6 CEDU, nell'ambito di una vertenza arbitrale risolta dalla Camera arbitrale di Roma. Con tale sentenza, la Corte, confermando alcune sue precedenti statuizioni in merito agli elementi da tenere in considerazione al fine di valutare l'elemento suddetto, ritorna su una delle questioni giuridiche più delicate che hanno caratterizzato i rapporti tra l'ordinamento giuridico italiano e il sistema delle garanzie convenzionali: l'impossibilità di una riapertura del procedimento interno quale forma di esecuzione delle sentenze della Corte e di *restitutio ad integrum* in favore della vittima di una riscontrata violazione dei suoi diritti sanciti dalla CEDU.

I fatti in causa all'origine della decisione resa dalla Corte di Strasburgo risalgono al 1996, anno in cui la società ricorrente, registrata in Italia, aveva intrapreso un rapporto commerciale con l'ENEL, siglando un contratto preliminare nel 1999, successivamente perfezionato nel 2000 con la stipula di un accordo con ENELPower, nel frattempo istituita come branca autonoma da ENEL ma comunque controllata da quest'ultima. In base a tale accordo, sulla società ricorrente gravava l'obbligo di vendere all'ENEL quote di energia elettrica prodotte nel suo impianto. Inoltre, l'art. 11 dell'accordo, contenente una clausola compromissoria completa, sanciva il reciproco impegno delle parti a sottoporre ogni questione relativa alla sua interpretazione e alla sua applicazione ad un tribunale arbitrale, individuato nella Camera arbitrale di Roma.

Per motivazioni economiche ENELPower decideva di non tenere fede all'accordo. la BEG spa si rivolgeva, quindi, alla suddetta Camera al fine di ottenere il risarcimento dei danni. Come arbitro nominato dalla parte convenuta veniva scelto N.I., già Vice presidente e membro del *Board* di ENEL. Il *Panel* arbitrale procedeva all'esame della controversia e pronunciava un verdetto sfavorevole alla BEG che, nel frattempo, aveva proceduto a sollevare la questione di ricsuzione dell'arbitro N.I., ai sensi dell'art. 815 del Codice di procedura civile (c.p.c.). Essendo stata respinta l'istanza di ricsuzione dalla Camera arbitrale sia perché pervenuta tardivamente sia per il fatto che il lodo era divenuto vincolante ai sensi dell'art. 823 del c.p.c., la società ricorrente, *ex art.* 828 del c.p.c. (in dottina, cfr. S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, 2005), cercava di ottenere una

pronuncia di nullità del lodo arbitrale dapprima innanzi alla Corte d'Appello di Roma e, successivamente, davanti alla Suprema Corte di Cassazione (sul funzionamento del procedimento arbitrale si veda, *ex plurimis*, G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2010; G. CAPO – G. CASSANO – F. FRENI (a cura di), *L'arbitrato*, Giuffrè, 2018). Giova fin da subito sottolineare che la Cassazione, pur avendo ritenuto tempestiva, e perciò, ammissibile l'impugnazione per nullità del lodo derivante dalla mancanza di imparzialità di uno degli arbitri, non riscontrava nessun elemento da cui dedurre la sussistenza *in casu* e decideva, pertanto, di respingere il ricorso (punto 33 della sentenza in esame).

2. L'utilizzo del test oggettivo e soggettivo per la valutazione dell'imparzialità dell'arbitro

Avendo esaurito ogni via di ricorso interna, in ottemperanza all'art. 35, par. 1, CEDU, la BEG decide di adire la Corte EDU, lamentando la violazione dell'art. 6, par. 1. In particolare, la società ricorrente asserisce che il tribunale che si è pronunciato sulla causa civile sottopostagli, mancasse del necessario requisito dell'imparzialità. Dopo aver esaminato d'ufficio e risolto positivamente la questione pregiudiziale di giurisdizione *ratione personae*, la Corte passa ad esaminare due punti di diritto sollevati dal governo convenuto in relazione a un presunto abuso del diritto di ricorso individuale: a) l'asserito occultamento di alcuni fatti alla Corte e b) la mancata presentazione del ricorso nei termini prescritti dalla Convenzione, ossia entro 6 mesi dal giudizio nazionale passato in giudicato. Sempre secondo il governo italiano, inoltre, il giudizio di nullità del lodo non sarebbe assimilabile a una "via di ricorso" ai sensi dell'art. 35 poc'anzi citato.

Con riguardo al primo punto, l'orientamento della Corte è piuttosto chiaro: per giurisprudenza consolidata, l'art. 35, par. 3, che disciplina l'abuso di diritto, trova applicazione qualora il ricorso sia fondato su false informazioni oppure nel caso in cui documenti rilevanti siano stati deliberatamente omessi (si veda *Kerechashvili c. Georgia*, dec. n. 5667/02, 2 maggio 2006). Peraltro, queste sole circostanze non sono sufficienti a integrare la fattispecie di abuso di diritto al ricorso individuale, essendo anche richiesto che i documenti e/o le informazioni nascoste rappresentino «*the very core of the case*» (così al par. 77 della sentenza; si veda anche il caso *Mitrovic c. Serbia*, ricorso n. 52142/12, par. 33, 21 marzo 2017). Nel caso di specie, precisa la Corte, l'informazione omessa dalla società ricorrente non ha riguardo al «*core*» della controversia, giacché verte sul procedimento civile infruttuosamente intentato contro la Camera arbitrale; qualora avesse invece ricevuto una compensazione e avesse mancato di informare la Corte EDU, quest'ultima avrebbe dichiarato il ricorso inammissibile (cfr. *Mitrovic*, cit., par. 34).

Per ciò che concerne la presunta violazione del termine utile dei 6 mesi, i Giudici di Strasburgo sottolineano anzitutto come il giudizio di nullità del lodo, nell'ambito precipuo delle controversie arbitrali, sia l'unico rimedio tramite cui la ricorrente può far valere il suo legittimo interesse affinché l'arbitro venga nominato conformemente alla legge italiana e quindi in modo imparziale (punto 99 della sentenza in commento). In linea con quanto esposto dalla società ricorrente e con il giudizio della Cassazione, anche la Corte è del parere che la ricsuzione e il ricorso per nullità sono stati presentati in modo corretto e tempestivo (ossia nel tempo intercorrente tra l'adozione del lodo arbitrale e la sua firma). L'impugnazione per nullità è quindi considerata un rimedio effettivo e accessibile ai sensi dell'art. 13 della CEDU, utile a lamentare le eventuali lesioni del diritto all'equo processo tutelato dal testo convenzionale. Per l'effetto, entrambe le eccezioni sollevate dal governo italiano sono respinte.

Nel merito, la Corte EDU, prima di risolvere la questione principale concernente la presunta violazione dell'art. 6 della CEDU, enuncia tre principi generali di particolare importanza. *In primis*, chiarisce che, nel contesto delle controversie arbitrali, le parti possono operare una rinuncia nei confronti di alcuni diritti sanciti dalla Convenzione europea, purché tale rinuncia sia «libera, legittima e non equivoca» (par. 127 della sentenza). In merito a ciò, va detto che la società ricorrente non nega minimamente che tale rinuncia sia avvenuta, dal momento che ha accettato l'arbitrato. Ciò che contesta, invece, è che dal solo fatto di non essersi lamentata della potenziale esistenza di un conflitto di interessi in capo a uno degli arbitri sia possibile dedurre la rinuncia al diritto a essere giudicati da un tribunale imparziale e indipendente. Se l'arbitro in questione non denuncia tale conflitto, vige, infatti, una legittima presunzione che esso non esista. Per il governo convenuto, invece, dal momento che l'arbitro N.I. ricopriva un ruolo di primaria importanza all'interno dell'ENEL (era una «*high-profile figure*» nelle parole della Corte) era impossibile per la società ricorrente non essere a conoscenza dei legami professionali ed economici intercorrenti tra i due soggetti. Pertanto, non vi era alcun bisogno che N.I. svelasse formalmente il rapporto con l'ENEL all'atto della nomina ad arbitro (punto 119 della sentenza in notazione).

In secondo luogo, e in relazione alla nozione di «tribunale» di cui all'art. 6, la Corte ha modo di ribadire che con tale termine non si identifica solamente con «*a court of law of the classic kind*», ma anche con un organo di diversa natura, idoneo a integrare la nozione in parola qualora fornisca garanzie adeguate per la celebrazione di un processo equo. L'osservanza della Convenzione, pertanto, non osta in alcun modo alla creazione di un tribunale arbitrale al quale sottoporre determinate dispute (cfr. [Lithgow and Others c. Regno Unito](#), sentenza dell'8 luglio 1986, par. 201; [Suda c. Repubblica Ceca](#), sentenza del 28 ottobre 2010, par. 48).

Il terzo aspetto su cui la Corte appunta la propria attenzione è quello attinente alla imparzialità del tribunale, e dunque degli arbitri nella circostanza. V'è da dire, in via preliminare, che tale elemento è indissolubilmente legato alla garanzia di avere un processo equo nell'ambito di una «società democratica». A livello universale, ciò è stato ben chiarito anche dal Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, secondo cui il diritto a un tribunale imparziale e indipendente, *ex art. 14 del Patto sui diritti civili e politici*, «*is an absolute right that may suffer no exception*» (cfr. Comitato per i diritti umani ONU, [Gonzales del Rho c. Perù](#), comunicazione n. 263/1987 del 28 ottobre 1992, par. 5.2).

Peraltro, per quanto gli elementi dell'indipendenza e dell'imparzialità del «tribunale» siano condizioni imprescindibili dell'equo processo e debbano essere congiuntamente presenti al fine di garantire la rispondenza del giudizio ai dettami della CEDU, essi mantengono una loro autonomia funzionale. Difatti, mentre l'indipendenza prevede l'assenza di indebite ingerenze da parte di poteri dello Stato verso l'organo giudicante, ed è quindi riconducibile alla teoria della separazione dei poteri, l'imparzialità invece ha riguardo alla relazione tra il giudice e le parti in causa e, in particolare, alla capacità del primo di garantire un giudizio obiettivo nei confronti delle seconde. A tal proposito, secondo la Corte, l'imparzialità nel caso di specie non va valutata alla luce della natura privata o pubblica della società presso cui l'arbitro svolge le proprie funzioni, ma adoperando un test basato su un duplice parametro: a) uno *soggettivo*, in cui vige una presunzione di imparzialità del giudice fino a prova contraria; b) uno *oggettivo*, in base al quale esaminare le relazioni professionali, finanziarie e personali tra l'arbitro e una delle parti (parr. 129-131 della sentenza). La Corte, quindi, ha richiamato quei principi già elaborati nella sua giurisprudenza in merito all'uso del test suddetto al fine di giudicare l'imparzialità di un giudice ([Pescador Valero c. Spagna](#), 62435/00, 24 settembre 2003, par. 21 e, più recentemente, [Nicholas c. Cipro](#), 63246/10, 9 aprile

2018, par. 49), estendendoli *mutatis mutandis* alla categoria degli arbitri. È utile, in proposito, ricordare come, rifacendosi espressamente a quanto stabilito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, anche la Corte interamericana dei diritti dell'uomo abbia basato il suo giudizio in merito all'imparzialità del tribunale (requisito del diritto all'equo processo tutelato dall'art. 8, par. 1, del Patto di San José) proprio sul test di cui sopra, ovvero valutando tanto il profilo oggettivo quanto quello soggettivo dei componenti dell'organo giudicante (sul punto, nonché per la casistica rilevante, si rinvia a A. DI STASI, *Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione americana sui diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 115, secondo la quale la convergenza giurisprudenziale che si realizza in questo particolare caso è ascrivibile al fenomeno della c.d. "cross-fertilization").

Dall'applicazione dei richiamati chiarimenti di principio alla controversia in esame, risulta che la società ricorrente, quando ha siglato l'accordo commerciale contenente la clausola compromissoria e la conseguente sottoposizione di ogni controversia relativa all'interpretazione e all'applicazione del medesimo accordo alla Camera arbitrale, abbia consapevolmente rinunciato alla possibilità di esercitare alcuni diritti convenzionali. Per contro, la Corte non manca di osservare che, in base alle norme di tale foro arbitrale, segnatamente l'art. 6, all'arbitro nominato viene richiesto, in termini non vincolanti, di indicare per iscritto qualsiasi tipologia di relazione, sia essa personale, finanziaria o di altra natura, che possa pregiudicare la sua imparzialità e/o la sua indipendenza nella lite che si accinge a decidere. Dalla documentazione inoltrata alla Corte, si evince chiaramente che, mentre due arbitri hanno correttamente assolto a tale onere, N.I. si è invece limitato esclusivamente ad accettare la nomina. Questo fatto da solo vale a rendere nulla l'obiezione del governo circa il fatto che la società ricorrente avrebbe dovuto presumibilmente conoscere i legami tra N.I. ed ENEL ed il conseguente conflitto di interessi, sollevando la questione di ricusazione prima della pronuncia del lodo arbitrale.

Passando poi alla valutazione delle relazioni del *Panel* arbitrale con ENELPower, al fine di stabilirne la conformità con la CEDU tramite l'applicazione del test di cui sopra, la Corte non rileva alcuna questione sul piano soggettivo. Diversa è, invece, la questione dal punto di vista oggettivo. Difatti, l'importanza economica dell'accordo sottoscritto dalla ricorrente (risalente al tempo in cui, va ricordato, N.I. era vicepresidente di ENEL) desta legittimi dubbi di imparzialità che vengono ulteriormente corroborati da un dato fondamentale: N.I., mentre esercitava le sue funzioni di arbitro, stava parallelamente rappresentando ENEL in qualità di avvocato in un procedimento civile. Queste considerazioni, *sic et simpliciter*, configurano già una evidente violazione dell'art. 815 del c.p.c., novellato attraverso la sopravvenuta riforma della procedura arbitrale tramite decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40, recante «[Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato](#)». Difatti, a norma del comma 5 dell'articolo predetto, la ricusazione dell'arbitro può avere luogo qualora questi abbia regolarmente legami con una parte o con una società da quest'ultima controllata, legami consistenti in un rapporto di lavoro o di consulenza. Avendo riguardo alle strette relazioni di N.I. sia con ENEL che con ENELPower, per la Corte è agevole riscontrare la mancanza di imparzialità e la conseguente violazione della garanzia prevista nel par. 1 dell'art. 6 CEDU.

3. *Tutela del principio giuridico della res iudicata ed effettività del sistema convenzionale di tutela dei diritti umani*

Come già detto in apertura, il secondo aspetto rilevante su cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi è relativo alla richiesta di risarcimento del danno. Due richieste vengono formulate alla Corte da parte della società ricorrente: che venga riaperto il procedimento in Italia affinché si garantisca almeno una *restitutio ad integrum*; e che, in conformità con l'art. 41 della CEDU, venga concessa un'equa soddisfazione nella forma del lucro cessante e del danno emergente causati dalla non ottemperanza dei termini contrattuali da parte della compagnia citata in giudizio e dal lodo sfavorevole in cui ha giocato un ruolo decisivo la mancata imparzialità di N.I. Tuttavia, la prima richiesta viene rigettata in quanto alle Parti contraenti è rimessa la libertà di scelta per quanto concerne l'obbligo, ex art. 46, par. 1, CEDU, di dare esecuzione alle sentenze della Corte EDU, senza inficiare i principi della certezza del diritto e dell'intangibilità della *res iudicata*. La Corte ritorna, quindi, su una questione particolarmente delicata per l'ordinamento giuridico italiano, tenendo debitamente in conto l'orientamento maturato dalla Corte costituzionale riguardo all'impossibilità di riaprire, per effetto dell'accertamento di una violazione della Convenzione riscontrata dalla Corte EDU, i giudizi in sede civile e amministrativa conclusi con sentenza passata in giudicato, in assenza di specifici meccanismi legislativi all'uopo utilizzabili.

È evidente il rimando che, con velo critico, il Giudice di Strasburgo opera nei riguardi della sentenza n. 123 del 2017, in cui la Consulta ha statuito che, per ragioni di intangibilità del giudicato e di salvaguardia del diritto di difesa dei terzi, sia impossibile procedere alla riapertura del processo civile e amministrativo, non essendo ricavabile dalla giurisprudenza CEDU un obbligo generale di agire in tal senso o che sia comunque vigente per processi diversi da quelli penali (cfr. Corte costituzionale, [sentenza n. 123](#) del 7 marzo 2017, parr. 11-15; per un autorevole commento si rinvia a R. G. CONTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte edu nei processi non penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, in *Consulta online*, fasc. II, 2017, p. 333 ss.) La Corte costituzionale, quindi, non è parsa incline a confermare quell'apertura che caratterizzò la ben nota vicenda *Dorigo*, a seguito della quale venne dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 del c.p.p. nella parte in cui non prevedeva la revisione di una sentenza passata in giudicato al fine di eseguire le sentenze della Corte EDU e garantire la necessaria salvaguardia dei diritti fondamentali del singolo (Corte costituzionale, [sentenza n. 113](#) del 4 aprile 2011. Per un esame organico dell'evoluzione delle sentenze della Corte EDU, v., per tutti, C. ZANGHÌ – L. PANELLA, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, 2019, pp. 234-249). Il timido approccio della Corte, probabilmente, può trovare spiegazione nella differente intensità con cui i diritti e le libertà fondamentali del singolo vengono comprese nell'ambito di un procedimento penale, rispetto a quanto avviene in quello civile e/o amministrativo.

Nel rimarcare tale distinzione, fondata sul diverso "peso" del giudicato penale rispetto a quelli in sede civile e amministrativa, sembra, tuttavia, che la Corte costituzionale non abbia dato opportuna rilevanza alla [Raccomandazione R \(2000\) 2](#), adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 19 gennaio 2000 sulla riapertura dei processi. Tale raccomandazione incoraggiava gli Stati a considerare l'opportunità di un riesame o di una riapertura del processo celebrato in sede nazionale ove ricorrano fondamentalmente due condizioni: a) che «da parte lesa a causa della sentenza nazionale continua a soffrire serie conseguenze negative che non possono essere adeguatamente rimediate attraverso l'equa soddisfazione prevista dall'art. 41 della CEDU»; b) e che la Corte EDU, in una sua sentenza, abbia accertato che il giudizio nazionale sia inficiato dalla presenza di una violazione degli obblighi convenzionali per ragioni sostanziali o procedurali. Anche alla luce del *memorandum* esplicativo allegato alla raccomandazione, non è possibile escludere *a priori* la possibilità che, oltre ai giudizi penali,

anche quelli civili e amministrativi siano suscettibili di riesame e/o riapertura. Ed è dunque sulla base di tale raccomandazione che, a parere di chi scrive, può essere letto il monito lanciato nella sentenza in commento, con il quale la Corte EDU ha voluto puntualizzare che, al fine di garantire l'effettività del sistema convenzionale, la Parte contraente è comunque tenuta ad assicurare che «*domestic procedures are in place to allow a case to be revisited in the light of a finding that the safeguards of a fair hearing afforded by Article 6 have been violated*» (così al par. 163).

Tenendo in considerazione il fatto che l'esecuzione di una sentenza della Corte di Strasburgo forma l'oggetto di un obbligo convenzionale, per l'appunto l'art. 46 CEDU, cui l'Italia deve prestare osservanza, non sarebbe inverosimile sostenere: a) la necessità di una interpretazione convenzionalmente orientata della normativa che disciplina la revocazione delle sentenze; b) in alternativa, l'intervento del legislatore volto a colmare eventuali lacune. Ciò in quanto si potrebbe porre un dubbio di compatibilità costituzionale degli articoli 395 e 396 del c.p.c. e dell'art. 106 del Codice del processo amministrativo nei confronti dell'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui non prevedono un apposito rimedio che permetta di riaprire il processo giudicato non equo dalla Corte EDU.

Questa considerazione viene confortata da due elementi cui va attribuita la dovuta rilevanza. Da un lato, seppur non declinando il rapporto tra gli artt. 395 e 396 c.p.c. in termini di incostituzionalità rispetto al parametro di cui al richiamato art. 117, la Corte costituzionale, con una sentenza successiva alla n. 123, ha sostenuto la possibilità che il legislatore intervenga al fine di «*conciliare il diritto di azione delle parti vittoriose a Strasburgo con quello di difesa dei terzi*», dimostrando quindi una maggiore apertura verso il bilanciamento dei principi costituzionali (quali l'intangibilità della *res iudicata*) con il sistema convenzionale ([sentenza n. 93](#) del 21 marzo 2018, punto 4 del *considerato in diritto*). Dall'altro, va anche rimarcato il fatto che alcuni Stati parti della CEDU già contemplano, all'interno del loro ordinamento giuridico, specifiche procedure attraverso cui chiedere la revisione di una sentenza nazionale resa in un procedimento di natura civile o amministrativa come conseguenza dell'obbligo di eseguire il giudicato convenzionale (per un'analisi comparativa del tema rinviamo, tra i molti, a A. STONE SWEET, H. KELLER (a cura di) *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2008). Tale argomentazione, tuttavia, è stata adoperata dalla Corte costituzionale al fine di maturare l'orientamento caratterizzante la struttura argomentativa della sentenza n. 123, sostenendo l'esistenza di un margine di apprezzamento, riconosciuto in capo alle Alte parti contraenti e funzionale a disciplinare i mezzi idonei al soddisfacimento dell'art. 46, derivante proprio dalla disomogeneità delle legislazioni degli Stati parti nella materia in esame.

Quanto all'entità del risarcimento del danno materiale, infine, non trovano accoglimento né la richiesta di lucro cessante né quella relativa al danno emergente. Ciò per il fatto che la Corte «*cannot speculate as to the outcome of the proceeding*» (par. 164 della sentenza). In altri termini, non potendo sapere quale sarebbe stato il verdetto qualora N.I. fosse stato un arbitro imparziale, essa ritiene opportuno accordare solamente il risarcimento del danno non patrimoniale, calcolato, *ex bono et aequo*, in 15.000 euro, ai quali aggiunge il riconoscimento di ulteriori 35.000 euro a carico dell'Italia per sanare i costi e le spese sostenute dalla società ricorrente.

DANIELE MUSMECI