



La collana "Le monografie di Int'l Lis" diretta dai Professori Nicolò Trocker e Claudio Consolo è destinata ad accogliere studi relativi alla *international litigation*. In tal modo la Rivista Int'l Lis (Corriere trimestrale della Litigation internazionale) prosegue - con nuovi mezzi - lo scopo che l'ha animata sin dal suo sorgere: promuovere la conoscenza nel nostro Paese dei temi del contenzioso processuale transnazionale tra un pubblico quanto più vasto possibile non solo di teorici, ma altresì di pratici del diritto sempre più spesso alle prese con tematiche di interferenza o intersezione tra diversi ordinamenti processuali civili.

In questa collana:

1. Consolo C. - Zaffi B., *Lazione al classico ex art. 140 codice consumo*, 2012.
2. Penasa L., *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi* (I), 2012.



€ 27,00 IVA INCLUSA

CEDAM

IL PROCESSO INGLESE FRA DIRITTI  
E DOVERI DEI CONVENUTI STRANIERI

E. BENIGNI  
E. D'ALESSANDRO  
M. SALVADORI

Le monografie di Int'l Lis  
Collana diretta da Nicolò Trocker e Claudio Consolo

3

E. BENIGNI E. D'ALESSANDRO M. SALVADORI

## IL PROCESSO INGLESE FRA DIRITTI E DOVERI DEI CONVENUTI STRANIERI

*Prefazione di Sergio Chiarloni*  
*Postfazione di Claudio Consolo*



 Wolters Kluwer

CEDAM

*"Lord Chief Justice, Lord Woolf" ritratto nella scultura di David Mach (Nickel-plated metal cast hangs - 2005) esposto al pubblico presso la Royal Courts of Justice a Londra.*

*E. BENIGNI - E. D'ALESSANDRO - M. SALVADORI, Il processo inglese fra diritti e doveri dei convenuti stranieri.*

ELENA BENIGNI

ELENA D'ALESSANDRO

MARGHERITA SALVADORI

**IL PROCESSO INGLESE  
FRA DIRITTI E DOVERI  
DEI CONVENUTI STRANIERI**

*Prefazione di Sergio Chiarloni*

*Postfazione di Claudio Consolo*

 Wolters Kluwer

CEDAM

2016

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Copyright 2016 Wolters Kluwer Italia Srl

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale - cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale - e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: [www.clearodi.org](http://www.clearodi.org).

L'elaborazione dei testi, anche se curati con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

Stampato in Italia - Printed in Italy

Stampato da L.E.G.O. S.p.A., Viale dell'Industria, 2 - 36100 VICENZA

## INDICE SOMMARIO

<i>Prefazione di Sergio Chiarloni</i> .....	Pag. XI
<i>Postfazione di Claudio Consolo</i> .....	» XV

### SEZIONE PRIMA IL PROCESSO INGLESE

#### CAPITOLO I LA POTESTAS JUDICANDI DEL GIUDICE INGLESE di Elena D'Alessandro

1. Origine della vicenda .....	Pag. 3
2. Sussistenza della giurisdizione inglese .....	» 4
Provvedimenti consultabili:	
1) Verbale udienza 23 maggio 1997	
2) <i>Court of appeal</i> 6 maggio 1998	
3) <i>Court of appeal</i> 29 ottobre 1997	

#### CAPITOLO II LA MAREVA INJUNCTION E IL DISCLOSURE ORDER NEI CONFRONTI DELL'AVV. GAMBAZZI di Elena D'Alessandro

1. La <i>Mareva injunction</i> .....	Pag. 27
2. Il <i>disclosure order</i> .....	» 32
Provvedimenti consultabili:	
4) <i>High Court of Justice</i> 10 luglio 1998	

#### CAPITOLO III IL JUDGMENT WITHOUT TRIAL AFTER STRIKING OUT di Elena Benigni

1. I poteri di <i>case management</i> del giudice inglese .....	Pag. 37
2. L' <i>unless order</i> e la sanzione del <i>debarment from defending</i> .....	» 41
3. Il <i>judgment without trial after striking out</i> .....	» 47
4. La compatibilità del <i>debarment from defending</i> e del successi-	



vo <i>judgment after striking out without trial</i> con il diritto al giusto processo .....	• 56
Provvedimenti consultabili:	
5) <i>High Court of Justice</i> 10 dicembre 1998	
6) <i>High Court of Justice</i> 17 marzo 1999	

## CAPITOLO IV

**LE ISTANZE TO OBTAIN RELIEF FROM SANCTION E TO SET ASIDE THE JUDGMENT ENTERED AFTER STRIKING OUT**  
di Elena Benigni

1. Le istanze presentate da <i>Mora e Chascona</i> .....	Pag. 71
2. Il <i>relief from sanction</i> .....	• 73
3. L'appello contro la decisione resa sull'istanza presentata ai sensi della CPR 3.9 .....	• 76
4. <i>Setting aside or varying default judgment</i> . La disciplina di cui alla CPR 13 .....	• 78
5. La valutazione giudiziale nella controversia che si esamina .....	• 79
5.1. La sussistenza di una " <i>real prospect of successfully defending the claim</i> " .....	• 79
5.2. L'esame delle circostanze elencate alla CPR 3.9 .....	• 87
Provvedimenti consultabili:	
7) <i>High Court of Justice</i> 3 febbraio 2003	
8) <i>Court of Appeal</i> 30 giugno 2004	

## SEZIONE SECONDA

**IL RICONOSCIMENTO DELLE DECISIONI INGLESI IN EUROPA E NEGLI STATI UNITI**

## CAPITOLO I

**LA RICHIESTA DI EXEQUATUR DEL DEFAULT JUDGMENT E DELLA MAREVA INJUNCTION IN EUROPA**

di Margherita Salvadori

1. Note introduttive .....	Pag. 103
2. Le decisioni del giudice francese .....	• 105
2.1. L' <i>exequatur</i> del <i>judgement without trial after striking out</i> ..	• 105
2.2. Il rigetto dell'opposizione avverso la <i>Mareva injunction</i> ...	• 106
3. L' <i>exequatur</i> del <i>judgement without trial after striking out</i> in Lussemburgo .....	• 111
4. Le richieste di <i>exequatur</i> avanti alla giurisdizione Svizzera .....	• 113
4.1. L'ordine di esibizione dei documenti ed il rispetto del se-	

greto professionale tutelato dall'ordine pubblico del foro nella decisione del Giudice ticinese .....	• 114
4.2. La diversa valutazione del Tribunale Federale d'appello, ma ancora il rifiuto dell' <i>exequatur</i> .....	• 118
4.3. Il rilievo della ritenzione del fascicolo e la conseguente limitazione del diritto di difesa del convenuto nel procedimento inglese .....	• 121
5. Il diniego di <i>exequatur</i> nel Principato di Monaco .....	• 123
Provvedimenti consultabili:	
9) <i>Tribunal de Grande Instance de Paris</i> ordinanza 3 dicembre 2004	
10) <i>Cour de Cassation de Paris</i> sentenza 30 giugno 2004	
11) <i>Tribunal de Luxembourg</i> ordinanza 14 dicembre 2004	
12) Tribunale d'appello del Cantone del Ticino sentenza 25 febbraio 2004	
13) Corte civile del Tribunale Federale svizzero sentenza 9 novembre 2004	
14) Corte civile del Tribunale Federale svizzero sentenza 15 novembre 2005 (domanda di revisione)	
15) <i>Tribunal de Première Instance de Monaco</i> ordinanza 4 dicembre 2008	

## CAPITOLO II

**IL RICONOSCIMENTO DELLA PRONUNCIA INGLESE CONTRO GAMBAZZI A NEW YORK**

di Elena Benigni

1. Le difese di Gambazzi contro la richiesta di riconoscimento presentata da <i>Daimler Chrysler Canada Inc. e CIBC Mellon Trust Company</i> a New York .....	Pag. 125
2. La compatibilità del <i>judgment</i> inglese con lo <i>Uniform Enforcement of Foreign Money - Judgments Act of 1962</i> .....	• 129
Provvedimenti consultabili:	
16) <i>Supreme Court New York</i> 9 gennaio 2006	
17) <i>Supreme Court New York</i> 28 febbraio 2006	
18) <i>Supreme Court, Appellate division, New York</i> 28 maggio 2002 (procedimento in opposizione al riconoscimento instaurato da <i>Mora e Chascona</i> )	
19) <i>Court of Appeal New York</i> 8 maggio 2003	

SEZIONE TERZA  
LA PROSECUZIONE E L'EPILOGO DEL GIUDIZIO ITALIANO

CAPITOLO I  
L'OPPOSIZIONE DI GAMBAZZI CONTRO IL DECRETO  
DI ESECUTIVITÀ IN ITALIA DELLE DECISIONI  
RESE DALLA *HIGH COURT OF JUSTICE*  
di Elena Benigni

- |  |          |
|--|----------|
| 1. L'opposizione di Gambazzi innanzi alla Corte di appello di Milano .....   | Pag. 139 |
| 2. Le difese di <i>DaimlerChrysler Inc. e CIBC Mellon Trust Company</i> .....  | Pag. 143 |
| 3. La violazione dell'ordine pubblico quale condizione ostativa al riconoscimento di una decisione resa nello spazio giudiziario europeo .....                   | • 147    |
| Provvedimenti consultabili:  |          |
| 20) Ricorso ex art. 39 Reg. (CE) 44/2001 nell'interesse di <i>DaimlerChrysler Canada Inc. e CIBC Mellon Trust Company</i>  |          |
| 21) App. Milano, decr. 17 dicembre 2004  |          |
| 22) Atto di citazione in opposizione al decreto di esecutività delle decisioni inglesi nell'interesse di Gambazzi  |          |
| 23) Comparsa di costituzione e risposta nell'interesse di <i>DaimlerChrysler Canada Inc. e CIBC Mellon Trust Company</i>   |          |
| 24) Comparsa conclusoria prima del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nell'interesse di Gambazzi   |          |
| 25) Comparsa conclusoria prima del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nell'interesse di <i>DaimlerChrysler Canada Inc. e CIBC Mellon Trust Company</i> |          |
| 26) Verbale udienza 20 ottobre 1997 (innanzi alla <i>High Court of Justice</i> di Londra)  |          |

CAPITOLO II  
IL PROCEDIMENTO PREGIUDIZIALE INTERPRETATIVO  
DINANZI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA  
di Margherita Salvadori

- |   |          |
|---|----------|
| 1. L'ordinanza di rimessione della questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di giustizia .....   | Pag. 153 |
| 2. L'ambito di applicazione delle disposizioni rilevanti .....  | • 154    |
| 3. Le criticità dei procedimenti inglesi evidenziate dai giuristi anglosassoni .....  | • 160    |
| 4. La ricostruzione dell'eccezione di violazione dell'ordine pubblico internazionale del foro nella prospettiva dello studioso del processo civile italiano ..... | • 166    |

- |   |       |
|---|-------|
| 5. La motivazione della Corte di Giustizia – C-394/07, Marco Gambazzi contro <i>Daimler Chrysler Canada Inc. e CIBC Mellon Trust Company</i> .....  | • 170 |
| Provvedimenti consultabili:   |       |
| 27) parere <i>Briggs</i>  |       |
| 28) parere <i>Andrews</i>   |       |
| 29) parere <i>De Cristofaro</i>   |       |
| 30) Corte di giustizia, c-394/07, Gambazzi:<br>questione pregiudiziale proposta dalla Corte d'Appello di Milano pervenuta in cancelleria il 22 agosto 2007<br>conclusioni, avv.gen. <i>Julianne Kokott</i> , 18 dicembre 2008<br>sentenza 2 aprile 2009 |       |

CAPITOLO III  
LA RICHIESTA DI ESECUTIVITÀ DEL *JUDGMENT WITHOUT TRIAL AFTER STRIKING OUT* IN ITALIA.  
LE DECISIONI DELLA CORTE D'APPELLO E DELLA CORTE  
DI CASSAZIONE SULL'OPPOSIZIONE DI GAMBAZZI  
di Elena Benigni

- |   |          |
|---|----------|
| 1. La verifica dei parametri indicati dalla Corte di giustizia ad opera della Corte d'appello .....   | Pag. 180 |
| 2. Le contestazioni di Gambazzi contro la sentenza della Corte d'appello, le difese delle società canadesi e il punto di vista della suprema Corte .....  | • 192    |
| 2.1. L'ambito delle verifiche incumbenti sul giudice nazionale .....  | • 192    |
| 2.2. L'applicazione del concetto giuridico di "proporzionalità" .....   | • 195    |
| 2.3. Il diritto di ritenzione dell'avvocato a garanzia del pagamento del proprio compenso e il diritto di avere pieno accesso ai documenti di causa ..... | • 198    |
| 2.4. L'esame della fondatezza della domanda oggetto del <i>judgment without trial after striking out</i> .....  | • 199    |
| 2.5. ( <i>Segue</i> ) La possibilità di riesame nel merito in sede d'impugnazione .....   | • 203    |
| 2.6. Il difetto di motivazione della sentenza .....   | • 210    |
| 31) Comparsa conclusoria dopo la riassunzione del giudizio d'appello nell'interesse di Gambazzi   |          |
| 32) Comparsa conclusoria dopo la riassunzione del giudizio d'appello nell'interesse di <i>DaimlerChrysler Canada Inc. e CIBC Mellon Trust Company</i>     |          |
| 33) Memoria di replica dopo la riassunzione del giudizio d'appello nell'interesse di Gambazzi   |          |
| 34) Memoria di replica dopo la riassunzione del giudizio d'appello nell'interesse di <i>DaimlerChrysler Canada Inc. e CIBC Mellon Trust Company</i>       |          |

- 35) App. Milano 14 dicembre 2010
- 36) Ricorso in cassazione nell'interesse di Gambuzzi
- 37) Controricorso in cassazione nell'interesse di *DaimlerChrysler Canada Inc. e CIBC Mellon Trust Company*
- 38) Memoria ex art. 378 c.p.c. nell'interesse di Gambuzzi
- 39) Memoria ex art. 378 c.p.c. nell'interesse di *DaimlerChrysler Canada Inc. e CIBC Mellon Trust Company*
- 40) Cass. 9 maggio 2013 n. 11021

SEZIONE QUARTA  
NUOVI SPUNTI EVOLUTIVI

**IL REGIME UNIFORME DI LIBERA CIRCOLAZIONE EUROPEA DELLE DECISIONI: I LIMITI ENTRO I QUALI È VINCOLATA LA VALUTAZIONE DEL GIUDICE DI DESTINAZIONE**

di Margherita Salvadori

Pag. 217

Provvedimenti consultabili:

- 41) Corte di giustizia, c-619/10, *Trade Agency*  
 Questione pregiudiziale proposta dall'*Augstākās Tiesas Senāts* (Lettonia) pervenuta in cancelleria il 29 dicembre 2010  
 Conclusioni, avv. gen. *Julianne Kokott*, 26 aprile 2012  
 Sentenza 6 settembre 2012
- 42) Corte di giustizia, c-302/13, *Flyluf-Lithuanian airlines*  
 questione pregiudiziale proposta dall'*Augstākās Tiesas Senāts* (Lettonia), pervenuta in cancelleria il 3 giugno 2013  
 Conclusioni, avv. gen. *Julianne Kokott*, 3 luglio 2014  
 Sentenza 23 ottobre 2014
- 44) Corte di giustizia, c-681/13, *Diageo Brands BV*,  
 questione pregiudiziale proposta dall'*Hoge Raad der Nederlanden* (Olanda), pervenuta in cancelleria il 23 dicembre 2013  
 Conclusioni, avv. gen. *Maciej Szpunar*, 3 marzo 2015  
 Sentenza 16 luglio 2015

\* I provvedimenti indicati sono pubblicati e consultabili nella pagina dedicata all'opera e presente in [www.shop.wolter.it](http://www.shop.wolter.it)

PREFAZIONE

La letteratura accademica consta abitualmente di libri scritti su altri libri, per lo più indirizzati a progressioni in carriera, dove contano la chiarezza dello stile, l'acume critico e argomentativo, la capacità combinatoria, l'ordine sistematico. Qualità senza dubbio apprezzabili. Ma molto spesso, forse troppo spesso, abbiamo a che fare con una letteratura che soffre d'isolamento nell'iperuranio dei concetti, impedendo di vedere il rapporto tra gli istituti presi in esame e la realtà dei conflitti con cui si deve misurare la giurisprudenza quotidiana. Né questa realtà si riesce sempre a cogliere nelle raccolte di sentenze, a volte anche per la tendenza al formalismo dogmatico dei magistrati educati nelle nostre università.

Questo libro si presenta con un impianto e uno scopo diverso rispetto alle comuni consuetudini. Le tre giovani autrici, con lodevole umiltà, hanno affrontato il compito di documentare e analizzare nelle sue complicate vicende un importante processo di risarcimento dei danni patiti da due società nordamericane che avevano perduto grosse somme nel fallimento di un *edge found* canadese. Processo radicato in Inghilterra nei confronti di 36 convenuti, tra cui l'amministratore delegato del fondo e un avvocato svizzero membro del suo consiglio di amministrazione nonché amministratore di alcune società collegate, nei confronti dei quali viene approfondita l'indagine.

Difficile immaginare una scelta migliore per far toccare con mano al lettore alcune fondamentali caratteristiche che connotano la giustizia inglese, le procedure di riconoscimento delle relative sentenze in quattro giurisdizioni continentali e in quella degli Stati Uniti, nonché il rinvio per questione pregiudiziale alla Corte di giustizia. Anche perché il libro non si accontenta di esaminare e commentare i diversi provvedimenti, ma riporta altresì, memore degli ammonimenti di Gino Gorla, passi degli scritti difensivi e di alcuni pareri per la verità, messi a disposizione in rete per la sperabile curiosità del lettore.

La democrazia di Oltremontana è ben consolidata. Ha peraltro conservato alcune curiose caratteristiche tipiche dell'età feudale.

A tacere del mantenimento del latifondo e di un diritto ereditario che consente il maggiorascato, ancora largamente praticato nelle famiglie aristocratiche, vediamo operare in questo processo un aspetto della sua disciplina che rimanda a quell'età, quando, rileva Bloch, "il padrone dei padroni era il giudice". Mi riferisco alla disciplina del *contempt of court*, che consente una sorta di criminalizzazione surrettizia della giustizia civile, se la disobbedienza all'ordine impartito dal giudice comporta la privazione della libertà. Qui non è accaduto, ma la parziale e motivata disobbedienza dell'avvocato svizzero al *disclosure order* che accompagnava la *Marewa injunction* ha comportato una serie di conseguenze che inducono il giurista continentale di tradizione latina a vedervi una grave violazione dei principi del giusto processo. Questa conclusione mi sembra condivisa dalle autrici, sia pure con prudenza. Difficile pensarla diversamente, di fronte alle micidiali sanzioni provocate da un'ubbidienza parziale al *disclosure order*, dove uno dei convenuti, oltre ai beni dichiarati nella sua disponibilità, indicava i numeri di alcuni conti correnti sconosciuti alla controparte, ma non forniva ulteriori informazioni, adducendo la loro intestazione fiduciaria per conto di altre persone. Basti ricordare che di fronte all'inesecuzione del successivo *unless order*, la parte sopra ricordata veniva estromessa dal processo di merito, con conseguente condanna automatica al pagamento di centinaia di milioni di euro: un'applicazione del *judgment by default* a mio giudizio giustificata quando la parte non vuole difendersi, ma per nulla quando ci si trovi soltanto di fronte alla disobbedienza ben organizzata nei confronti di un provvedimento cautelare. Il tutto sulla base di poche righe di motivazione del relativo provvedimento. Si comprende come mai due giuristi inglesi, la cui autorevolezza fa pensare che non abbiano fatto pencolare le loro argomentazioni, come spesso accade, a favore della parte che aveva richiesto e pagato il relativo parere *pro veritate*, abbiano criticato con severità la linea seguita dalle corti.

La sensazione che ho ricavato dalla lettura è che i giudici si siano fatti influenzare dai *media* che avevano dato forte risonanza alla vicenda, prendendo partito a favore degli attori, magari giustamente in base agli elementi delle loro inchieste. Perché spen-

dere tempo e risorse per soddisfare il diritto alla prova di chi ha torto marcio, se il sistema mi mette a disposizione un'arma letale in caso di disobbedienza ai miei ordini? Una disobbedienza che provoca addirittura la *Verletzung des Königs*, secondo l'icastica formula dei giuristi medioevali tedeschi!

Un ultimo rilievo. Il giudice inglese ha affermato la propria giurisdizione nei confronti del convenuto principale sulla base di un collegamento alquanto discutibile (la presenza a Londra al momento della pendenza della lite, documentata da spese sostenute con carte di credito) e nei confronti di tutti gli altri per ragioni di connessione della domanda. Viene spontaneo ribadire quanto ho spesso sostenuto. Il diritto nel mondo sviluppato dove i servizi sono più importanti della produzione materiale per l'accumulo di risorse, è diventato una merce come le altre, oggetto secondo i casi di competizione, di tentativi di monopolio, di utilizzazione a favore di poteri forti. Lo si vede molto bene, in particolare nei Paesi anglosassoni, dove l'uso alternato di due strumenti antitetici come l'affermazione della giurisdizione e la dottrina del *forum non conveniens* hanno consentito sovente ai giudici di proteggere gli interessi di grandi multinazionali nei confronti del bisogno di tutela di soggetti deboli. Basta ricordare le vicende del disastro di Bhopal che ha consentito all'Union Carbide di pagare risarcimenti ridicoli per la morte e la compromissione della salute di decine di migliaia di cittadini indiani.

Anche per queste ragioni spero che il libro avrà anche una forte utilizzazione didattica, soprattutto grazie al materiale pazientemente fornito.

SERGIO CHIARLONI

## POSTFAZIONE

### La Giustizia civile inglese (alla Commercial Division della High Court)

#### 1. Un ricordo brusco ed un insegnamento indimenticabile

I. Parto forse un poco da lontano, relativamente. Per spiegare l'interesse che questa tematica da dieci anni accende in me e l'idea di suggerirla alle tre studiose autrici.

All'inizio del 2006, allorché insegnavo ancora a Padova e avevo (come ho tuttora) studio a Milano e a Verona (allora però in Via Leonicino), ricevetti a quest'ultimo indirizzo, con poco preavviso, la visita di tre signori, più o meno miei coetanei. Li guidava un mio antico compagno di giochi di infanzia, affermatosi da vari lustri, con varie intraprese di successo, assai noto, quindi, in un settore economico innovativo e particolare (quello delle nuove tecnologie e della *advertising* pubblicitaria). Era a capo da anni della branca italiana, con larghi uffici a Milano, di una grossissima (e potentissima) multinazionale inglese (che poi spostò la sede legale in Irlanda, o la prima o la seconda al mondo, in questo vivacissimo (e per certi versi inquietantissimo) settore della nuova società dei consumi globalizzata. Gli altri due erano i suoi più rilevanti collaboratori da molti anni.

La rottura con la casa madre, anzi frontalmente e personalmente con il suo *leader* egemone, già letta nei giornali, era bruschissima. Ogni tentativo di seppur relativo spegnimento dell'incendio, poiché soprattutto personalizzato al massimo grado (e quasi intimistico), subito fallì con tutti e tre ma specie con l'ex amico e suo fiduciario per l'Italia, cui cennavasi; dal grande Capo mondiale in passato tante volte lodato, per vero non senza talune buone ragioni (e ricambiato ... al quadrato in tante interviste e/o conventions).

Appena dubbio era se vi fossero rapporti di lavoro (almeno) parasubordinato, accanto alle cariche sociali nella capogruppo per l'Italia, e complessi erano a tutti i livelli gli intrecci societari,

alti i valori, più elevata la antagonista, quasi parossistica, conflittualità.

Facemmo partire azioni in Italia, memori della litispendenza comunitaria e dunque con conciso ma completo ricorso (né ci avrebbe spaventato, a tal riguardo, l'eventuale mutamento di rito). Scoprimmo, dopo un negoziato con un famosissimo avvocato di impresa (di allora e di oggi), senza successo (ad onta dei miei grandi sforzi), che molti giorni prima del mio coinvolgimento a Londra le società capogruppo (inglese) e figlia (italiana) contro il loro c.d. *country leader* avevano già *filed* e fatto timbrare un *claim form* di nove righe. Mesi dopo arrivò qualcosa di più (sempre poche paginette, i c.d. *particulars of claim*).

II. Così cominciò la mia *living adventure* con il processo inglese, in cui ebbi il grande aiuto dell'avv. Marco Mamoli e (verso la fine) Marcello Stella e (di tanto in tanto) il conforto di Elena Merlin, di Marco De Cristofaro e, per un profilo di notifiche, di Carmine Punzi. In Inghilterra andammo da un valente *barrister* di mezza età con cui avevo già lavorato (in un caso di minor complessità, risultato costosissimo per il convenuto italiano) che si scelse lo studio di *solicitors* di appoggio (con un nome curioso l'uno e gli altri, anzi emblematico dei ruoli effettivi: a voce li rivelerò a chi me li chiedesse). Prima di poter affidare tale incarico a ragione veduta, per il quale l'ignaro straniero dispone di 21 giorni dai *particulars* (tutt'altro che una vera *editio actionis*, essi pure), e segnatamente al sedicesimo giorno, ricevetti mentre ero relatore in Campania (l'amico Renato Oriani, presente, se lo ricorda bene, e tutti videro l'effetto di *uppercut* che mi fece) una notizia shock: il mio assistito era stato già dichiarato inadempiente e colpevole dalla Corte di Londra.

La mattina dopo il risveglio sul treno notturno trovo la notizia con enfasi in vari giornali italiani (e poi, via internet, in quelli inglesi). Non a caso l'avversaria, che aveva chiesto e ottenuto, *ante tempus*, il *default order*, era un gigante della pubblicità e delle c.d. *media agencies*. L'ordine era manifestamente erroneo (e lesivo di ogni diritto di difesa e quindi non riconoscibile all'estero) e lo spiegai ai giornalisti italiani che mi contattarono, che ne diedero

minuscola evidenza il giorno dopo. Nei giornali inglesi nessun chiarimento fu dato. Più arduo fu spiegare alla parte come e perché fosse già stata condannata, dopo due settimane, senza alcuna trattazione del caso, cioè la figura medievaleggiante del *default* (*for lack of appearance*, qui nella forma del mancato *acknowledgement of service*) e relativa condanna, non già sommaria ma *tout court* sanzionatoria, senza alcun presupposto cognitivo, sulla mera base della asserzione attrice, del resto ancora del tutto monca, e senza nessun vaglio neppure di giuridica conclusione.

Fu errore o fu inizio al modo di un *Blitzkrieg*? Ancora non lo so bene.

Fatto sta che, a fronte di proteste e di brutta figura (nostra, certo, ma in realtà) di quell'imperioso sistema di giustizia civile – in cui un processo alla High Court è ancora più terribile e di fatto temuto di un'inchiesta e di un processo penale –, furono gli stessi attori, la società madre inglese e la "figlia" italiana a chiedere la revoca della condanna per *default*, fra l'altro certamente inespugnabile. La ottennero, ovviamente (fu il primo, e credo finora unico, caso, menzionato ormai in tutti i trattati di *Civil procedure* inglesi). Intanto dire che abbiamo iniziato *mediaticamente* assai male (ma eravamo immersi nel mondo appunto dei *media* sotto ogni profilo, soggettivo ed oggettivo) e che il convenuto italiano aveva visto farsi la terra bruciata attorno e ed era pura, tristissima, constatazione di fatto.

Quella fu per me la prima "prova del fuoco" con il processo civile inglese: poi tre anni di molti processi, a Londra ed in Italia, vari arbitrati (italiani ed esteri), infinite ardue questioni (ad iniziare da quella della notifica internazionale, della litispendenza comunitaria "allargata", del *challenge of Jurisdiction*, del *leave – ora permission!* – *to appeal* sulla declaratoria di giurisdizione, del rifiuto dei "nostri" avvocati inglesi, vinto parzialmente l'appello con sempre più numerosi *barristers* e *solicitors*, di cercare di adire la *House of Lords* pur con ottimi argomenti, etc.).

III. Alla fine, si raggiunse una ampia transazione (di una quindicina di processi, anche per effetto di un eccellente lodo internazionale e di un altro arbitrato bene avviato a una decisione

molto rischiosa per gli avversari). Tuttavia sulla iniziale vicenda (della revoca per totale illegittimità) del *default order*, sui *media*, solo oscuri trafiletti, ben poco reintegratori della reputazione così (magnificamente) lesa.

A suo tempo, vi sarà materia per un libro analogo a questo che qui si postilla (forse con un miglior lieto fine per i convenuti stranieri nella città di Dickens).

Alcuni anni più tardi, allorché un Collega internazionalista espertissimo di diritti umani chiese a Marco De Cristofaro e a me di occuparci insieme del giudizio di cassazione da promuovere contro la sentenza della Corte di appello di Milano che (dopo un ben noto rinvio alla Corte di giustizia) aveva accordato il riconoscimento in Italia di un (pur di ben diverso tipo) di condanna per *default* (in quel caso conforme almeno alle regole processuali inglesi) conseguente al *debarment* difensivo dell'avv. svizzero-ticinese Gambazzi, per le vicende descritte e commentate approfonditamente in questo libro, accettammo con grande interesse (che espressi in vari convegni, fra cui quello presso il carcere femminile di Secondigliano) il gravoso - e a prima vista impopolare - incarico.

L'esito finale, presso la I Sezione della nostra Cassazione, neppure esso fu positivo, se non per la significativa compensazione delle spese, rivelatrice di non poco travaglio decisivo.

Fu equo processo in questo caso quello iniziato (ma non realmente tenutosi) avanti la *Commercial Division* della *High Court* londinese?

Ai lettori l'ardua sentenza.

## 2. Professione forense e carriera giudiziaria in Inghilterra

IV. Ho vissuto abbastanza da vicino il processo inglese avanti alla *High Court* dopo la *Woolf reform* (che non ha certo segnato una svolta), in occasione di almeno quattro processi, dopo quello di cui si è narrato, ed in vari ruoli. Purtroppo mai in quello di Giudice inglese, che, invece, è quello che dopo matura riflessione amerei ricoprire, e non solo per essere chiamato dagli amici avvocati *Your Lordship*.

Il ruolo di *litigating solicitor* è il peggiore (una sorta di guardiamarina bersagliato di adempimenti quasi tutti a posteriori inutili); ma credo che ormai sia decisamente troppo tardi per immettersi nella carriera di *barrister* ... onde divenire, in metafora, "*Master and Commander*". Fra avvocato *litigator* e giudice, in Inghilterra, la carriera è unitaria (caso, credo, salvo forse qualche *ex Dominion*, unico al mondo e lontano dall'esperienza degli USA) e questo ha una profondissima influenza su un certo tipo di idea (talora di cultura, altre volte di vezzi) di quel processo, che per varie ragioni è eminentemente processo di cognizione e quasi mai di esecuzione (ed anche le tutele cautelari sono là più intimamente correlate al processo di cognizione e ai suoi compiti e la loro insecuzione può sbarrare il passo alla cognizione).

La vera caratteristica che rende il processo inglese così diverso dai nostri, che chiamiamo di *civil law* (dell'Europa continentale, insomma), ed assai diverso dallo stesso processo statunitense e, probabilmente, anche dal processo civile più o meno globalizzato che potrebbe forse prender piede in estremo oriente, è proprio una elevata, ed ivi ancora persistente, autoreferenzialità corporativa: nessuna riforma illuministica volta a debellarla autoritariamente (come in Austria e Prussia), nessun socialismo giuridico o dottrine cristiano-sociali volto a funzionalizzarla a battaglie più ampie. La quale situazione, se non storica almeno ingombrante e talora imbarazzante, però, a mio avviso, non secerne solo difetti ma anche molte virtù, a cominciare dalle modalità con le quali avviene la selezione dei Giudici, che si riflettono sulla loro operatività quotidiana e sulla dislocazione in capo invece ai vari tipi di *Masters* (di cui è nota la parentela storica con gli sceriffi) di molte funzioni che noi reputeremmo tipicamente giudiziali.

La mancanza non solo di concorsi di ingresso, ma altresì di una vera e propria carriera ed inquadramento burocratico-amministrativo (per altre vie esclusi anche negli USA, ma in minor misura), dà ragione del carattere di "gioco sociale ristretto" e dell'elevato tasso di *arguing pall mall* e quasi querula oralità specie del *trial*, nonché della speditezza pianificatrice (di solito presso i *Masters*, per la *Commercial Division* della *High Court*, che ormai è quasi una piccola corte specializzata, presso un giudice di essa,

non coincidente sempre con quello del successivo *trial*) delle *motions, orders, pre-action protocols*, brevi udienze direzionali (le c.d. 'CMC': *case management conferences*) che costellano la complessa e spesso estenuante, fase del *pre-trial*, che finisce con il "filtrare" e indurre a comporre transattivamente una percentuale mostruosamente (per certi versi direi anche: insanamente) alta di azioni<sup>1</sup>.

V. Non si può infatti diventare Giudice se non si è stati a lungo *barrister* o, qualche rara volta, ma solo se si è veramente "smart", anche *solicitor*, come è notoriamente capitato nel caso di Lawrence Collins (*trait d'union* anche con la Università). Né lo si può diventare dopo solo pochi anni di professione. Occorre invece che ve ne siano stati un certo numero, che l'età del candidato e *pari passu* la sua reputazione – diciamo così – la sua "fama", siano abbastanza avvertite nell'ambiente specie per effetto del modo incisivo e preminentemente orale di argomentare durante i *trials* (il cui numero annuo è però ben inferiore, per varie note ragioni, a quello dei circa novemila *barristers*, sì che la più parte di loro neppure riescono ad esercitare continuativamente o anche solo con una accettabile saltuarietà). È questo della "estrazione" – assente nelle analisi nostrane post-Woolf – invece, secondo me, un elemento su cui va molto meditato: perché sono quegli stessi giudici che poi, a loro volta, scelgono chi tra i *barristers* potrà assumere il titolo di Q.C. e quindi infine – su chiamata, almeno tradi-

<sup>1</sup> Che tutto il sistema e i suoi vari *overriding objectives* sia improntato a questa logica – oltre che a quella di evitare costi per lo Stato (di stipendi, edifici, personale: invero lillipuziani) – lo si evince chiaramente dalle parole di Lord Woolf nel suo primo *Interim Report* (1995): "the philosophy of litigation should be primarily to encourage early settlement of disputes". A questa sorta di linea guida per tutti gli operatori del sistema fanno da pendant i c.d. 'ADR orders', con cui la Commercial Court può indirizzare le parti ad intraprendere "serious steps as they may be advised to resolve their disputes by ADR procedures". La soluzione stragiudiziale della controversia – l'incentivo alla quale postula (ed è un grave limite) che il convenuto non abbia contestato la giurisdizione della Corte inglese – non è mai obbligatoria, tuttavia le parti hanno il dovere di informare la corte dei motivi che hanno impedito la composizione alternativa della lite ed il Giudice potrà eventualmente, se il rifiuto di perseguire le ADR appaia irragionevole o immotivato, esentare dalle spese processuali la parte vittoriosa all'esito del giudizio di merito, ovvero emettere un 'order of aggravated costs' (noti come "indefensibility costs") nei confronti del soccombente.

zionalmente – ricoprire il loro stesso ruolo; vale a dire, in buona sostanza, i loro colleghi ed i loro successori.

E sono poi costoro, in ultima analisi, che fanno anche le regole di procedura civile. Con un distacco solo parziale (e avvertibile più nei vecchi giudici che nei giovani, tuttora imbevuti di *vis litigatoria*) rispetto alle esigenze di centralità e (quasi in una endiadi) di gratificazione economica del ceto degli avvocati, in entrambe le sue componenti (largamente sovradimensionato rispetto alle reali esigenze di processi che davvero aspirassero alla semplicità, se non proprio alla F. Klein anche solo alla francese anziché attingere con compiacimento ad ogni possibile fonte di artefazione e pignoleria, sia nella stesura dei *witness statements* – che condizioneranno l'eventuale escussione orale dei testi non poco – sia, per fare solo un altro esempio, nella quasi infinita possibilità di *emendationes*, secondo un onere-facoltà di inusitata portata che ivi esaspera il carattere "dispositivo" e alla fine erode la stessa regola dello *Jura novit Curia*; etc.).

### 3. Il diritto processuale inglese: tradizione e innovazione ... al servizio della economia finanziaria globalizzata

VI. Evidentemente Lord Woolf non fu l'unico autore della riforma della giustizia civile inglese che prese poi il suo nome<sup>2</sup>. Lo adjuvarono nell'opera alcuni suoi colleghi che egli, con molta elasticità e duttilità, seppe scegliersi e consultare (spesso e volentieri per le vie brevi), portando a compimento un processo di legislazione che sarebbe stato inconcepibile in qualunque altro Paese, Stati Uniti compresi, in quei termini, per così dire, assolutamente "elitari".

Tutto ciò induce a considerazioni di più ampio respiro. Vi è, anzitutto, in quel sistema, un grande amore per la tradizione, che non si esprime soltanto nei paludamenti, che pure balzano subito all'occhio dell'*outsider*. Nel suo recente bel volume (recensito in

<sup>2</sup> V. LORD WOOLF, *Access to Justice: Final Report* (1996); id., *Access to Justice: Interim Report* (1995).



*In' l Lis*, 2009, fasc. 1<sup>3</sup>) sul "moderno" processo civile inglese, Neil Andrews dedica semiseriosamente un'intera nota (una delle più lunghe) ad illustrare come, a seconda dei giorni dell'anno e delle festività, il Giudice inglese si vesta in un determinato modo o nell'altro<sup>4</sup>. E su ciò non sbagliano. Ed è una cosa fondamentale – non so (ma è un inciso scherzoso) se a pena di nullità, ma riterrei di no – poiché verrebbe certo guardato molto male quel Giudice che non osservasse le prescrizioni di tipo esornativo, ossia relative al vestiario. Emblema di un mondo di ieri e, come dirò, programma anche per il domani. Anche i *barristers*, almeno fino ad oggi, dovevano vestire in quel modo un pochino ridicolo (un po' da pinguini, come a certi matrimoni, ed inoltre con il parrucchino) che abbiamo ben presente. Dalla stampa di questi ultimi anni, peraltro, sembra che questo sia semplicemente un retaggio, che verrà facilmente abolito o quanto meno ridimensionato (lo è già nella Commercial Division della High Court, ma non poi per i relativi appelli).

Tutto ciò fa capire che c'è qualcosa di molto coerente e molto simile sotto quel modo comportamentale di apparire. Vale a dire una esigenza di rispondere innanzitutto a sé stessi, cioè alla comunità dei *lawyers*, che è una società dove la gerarchia è fortemente radicata e molto ben definita: prima vengono i Giudici (divisi per titoli: *Lords*, *semi-Lords*, *dame* e *cavalieri*, i *c.d. puisne-judges*, e più ancora per ruoli direttivi carismatici: *Lord Chancellor*, *Lord Chief Justice of England and Wales*, *Master of the Rolls*, *Vice Chancellor*, *President of the Family Division...*), e poi, a seconda dei loro diversi livelli per gli avvocati, il cui *ranking* – nel campo peraltro solo della *litigation* – è più o meno questo: i *Q.C.* (divisi in quattro "tiers", con tariffe a crescere), i *barristers* non *Q.C.*, i *solicitors* esperti (noti come "*solicitors-advocates*", se ottengono il *c.d. 'diritto di udienza', right of audience*, avanti alle corti superiori: High Court, Court of Appeal e House of Lords), i *solicitors* e basta, le nuove leve della *firm* o più eufemisticamente *junior solicitors*.

<sup>3</sup> N. ANDREWS, *The modern civil process*, Tübingen, 2008.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 15, nt. 14.

VII. Quel modo di fare processo, dal sapore un po' arcaico, dovuto all'origine molto spesso comprovatamente medievale di quasi tutti i suoi istituti e di quella terminologia, ha però saputo scoprire, nell'ultimo trentennio, le esigenze dell'economia globalizzata. E oggi le serve in modo egregio, seppur costoso. E ciò perché, nonostante tutta quella autoreferenzialità corporativa che la contraddistingue, i membri più distinti della *lawyers community* sono persone molto intelligenti, educate in maniera prensile, non estremamente dediti soltanto al diritto. Essi godono di quella visione mista economia e diritto tipica della tradizione giuridico-ebraica, che hanno saputo preservare e coltivare in maniera eccellente<sup>5</sup>, più ancora che negli Stati Uniti e a totale differenza di noi europei continentali, che l'abbiamo, come sappiamo, per tante ragioni, totalmente abbandonata, con le conseguenze che oggi paghiamo.

Tutta questa potente ed imponente *machinery* giudiziaria è stata, da qualche decennio in avanti all'incirca, se non proprio messa al servizio, quanto meno certamente sintonizzata con le esigenze della moderna economia globale finanziaria (che, neppure un miglio più ad est, nella *city* – ma anche un miglio più ad ovest, nel *West end* – nell'era Thatcher/Blair ha installato la sua capitale, da qualche mese "piangente" ma certo non smantellata). Tengo a sottolineare quest'ultimo epiteto, perché ciò che interessa a quel sistema non è tanto l'economia industriale, che pure talvolta ha attratto l'interesse del processo tedesco o dei legislatori di altri Paesi industrializzati, ma quella del movimento dei capitali, delle banche e dei protagonisti del mercato finanziario, se non decisamente speculativo (il gioco d'azzardo, come si sa, è una costante

<sup>5</sup> Si spiega così, ad es., il ricorso a quella particolare forma di procedura conciliativa introdotta dalla riforma Woolf (con analogo corrispettivo, negli Stati Uniti, presso la Court of Chancery del Delaware) e denominata "ENE" (*Early Neutral Evaluation*), per mezzo della quale le parti possono sottoporre ad un *business judge* della Commercial Court la loro controversia ed ottenere una valutazione non vincolante sul probabile esito della lite nel merito e sulle rispettive *chances* di successo all'esito di un ipotetico giudizio. Cfr. ANDREWS, *op. cit.*, 209. Ancora una volta la stima nella capacità e l'autorevolezza di cui godono quei giudici presso i *barristers* loro ex-colleghi e le parti che essi rappresentano, *ça va sans dire*, si dimostrano essenziali per il buon funzionamento di quel congegno.

del costume inglese non solo del XVIII secolo, così come il pungente garbo dialettico, riflessi in una vasta letteratura: mi limito a due richiami: i dialoghi del film "The Draughtsman Contract" e le fioriture dei libri di Lytton Bulwer).

Un processo garbato nelle forme<sup>6</sup> ma estremamente autoritario nella sostanza si rivela egregio onde tenere ciascuno al posto prefissato e reprimere abusi di fiducia e devianze (rispetto a quei ruoli, non rispetto però a modelli ideali e/o costituzionali di sorta).

VIII. Donde è cominciata tutta questa attenzione, quasi spasmodica, per l'economia finanziaria? Se volessimo fissare arbitrariamente una data ed affibbiare un nome a quella fase, direi che essa ebbe inizio con la c.d. *Mareva injunction* nel 1975<sup>7</sup>. Chi ne fu

<sup>6</sup> Addirittura leggiadro talora: in un *witness statement* - sul cambiamento di due società nella catena della multinazionale WPP e conseguenti problemi della notificazione da *monaster* - veniva alla fine citato *The Comedy of Errors* del Bardo; ebbene Field J., ancorché giudice della Commercial Division, nel dare pieno credito a quel parere tecnico, e pur sempre con gentilezza accantonare invece quello dell'esperto avversario, concluse una lunga udienza e con essa l'intera serie di *hearings* (seppur sulla sola giurisdizione, e quindi non *trial*) dicendo a un avvocato italiano di mia conoscenza... "piacerà al Prof. C. sapere che proprio qui accanto, nel Gray's Inn, *The Comedy of Errors* fu recitata per la prima volta nel 1594". I rapporti fra processi e teatro, e fra i loro protagonisti, devono in effetti esserci cari (v. Kornstein, *Kill all the lawyers? Shakespeare's Legal Appeal*, Princeton Univ. Press, 1994, spec. 234 s.). Lo stesso in effetti distinto e sapiente Giudice negò però la *permission to appeal* (concessa alla fine, immolando i difensori, però allora l'agosto, poiché a tal fine occorre redigere l'intero appello, dalla Court of appeal che accoglie poi in parte il gravame... errando sul resto quanto al nuovo art. 5, n. 1, Reg. 44/2001: v. *infra*).

<sup>7</sup> Il nome deriva da una delle parti coinvolte nel secondo caso in cui l'*injunction* fu emessa (dopo il coevo ma meno orecchiabile *Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis*), vale a dire *Mareva Compania Naviera SA v. International Bulkcarriers SA* [1975] 2 Lloyd's Rep 509. I presupposti per la concessione di tale misura conservativa sono: 1) un *good arguable case* del diritto ad ottenere la tutela richiesta nel merito; 2) una violazione attuale e non già meramente futura del diritto dell'istante; 3) il rischio 'reale' che i beni del convenuto possano essere sottratti, alienati o gravati (ad eccezione delle c.d. "*innocent transactions made in the ordinary course of business*"); 4) l'irreparabilità del danno che l'istante avrebbe a patire se l'*injunction* non venisse concessa; 5) la necessità e la proporzionalità della *injunction* all'esito di un giudizio di bilanciamento tra gli interessi delle parti coinvolte. L'efficacia di questa misura, che spesso e volentieri assume vocazione extraterritoriale (si parla in proposito di "*worldwide freezing injunction*"), è assicurata dalla possibilità di ottenere un "*disclosure order*" (sempre assistito dal *contempt of court* per il caso di violazione) che obblighi il debitore a rivelare l'entità e la collocazione dei suoi beni anche all'estero. A garanzia del debitore, infine, il potere di emettere una *freezing injunction* spett-

l'artefice? Fu opera di Lord Denning, un Giudice conservatore che veniva dagli studi di matematica, non molto simile ai suoi colleghi, ma certamente "con una visione", come si suol dire oggi nel mondo degli imprenditori; un Giudice, da questo punto di vista, "imprenditore in giustizia civile", e forse, fra tutti i Giudici noti per scritti ed *opinions*, quello che in questo momento avvicinerei, paradossalmente, di più al carattere di Lewis Carroll, per il modo di ragionare e per il modo di scrivere (i fiori primaverili del Kent sono lo sprone alla grande e progettuale operatività).

Sono poi naturalmente venuti susseguendosi alcuni cambiamenti. La *Mareva injunction* è stata immessa nelle *Rules*<sup>8</sup>, togliendole l'appellativo di *Mareva*, che era tanto bello, e chiamandola invece "*freezing*"<sup>9</sup>, che non è assolutamente bello, ma rende meglio l'idea della sua funzione di morsa ferrea. Le misure cautelari non sono più concesse "*ex parte*" ma "*without notice*". Nel campo delle impugnazioni, il termine "*leave*" è stato sostituito con "*permission*", che è senz'altro meno bello, e così via. Il vecchissimo writ abbandonato, per sostituirvi il claim form: non è qui solo questione di nomi, quanto di tecnica per generare con poche righe di parte la provenienza nella litispendenza internazionale (che prima esigevo, come e più che da noi, tempi più lunghi). Per la maggior parte i nomi sono stati declassati, perché ci si è resi conto che si sarebbe dovuta evitare un'enfasi eccessiva su peculiarità un pochino insulari, vagamente antiquarie, di dubbia o quanto meno non immediata intuizione e recezione per lo straniero, che è il cliente, il beneficiario, la vittima.

#### 4. L'impatto col diritto comunitario e i valori dell'equo processo.

IX. Il già vasto strumentario a disposizione del Giudice inglese si è arricchito, al tempo stesso, con l'introduzione delle *anti-suit*

ta soltanto ad un *full-time judge* presso la High Court ed è invece sottratto al Master, che è organo quasi *judicial* del *pre-trial* e subordinato al primo. Cfr. Andrews, *op. cit.*, 56 ss.

<sup>8</sup> s.37(3), Supreme Court Act 1981.

<sup>9</sup> CPR 25.1(1)(f).

*injunctions*, che non sono un istituto tradizionale di quel processo, ma hanno origine abbastanza recente.

Mi capitò, prima del Natale del 2009, di partecipare come *rapporteur* italiano al primo simposio di Heidelberg sul rapporto tra arbitrato e diritto comunitario, nell'ottica di una possibile revisione del Regolamento 44/2001. In quell'occasione conobbi, fra gli altri, Sir Anthony Colman, il Giudice della Commercial Court che, dopo aver emesso l'*anti-suit injunction* nel caso *West Tankers*, consentì poi subito il c.d. *leapfrog appeal* contro la sua decisione, direttamente alla House of Lords<sup>10</sup>, da cui sortì la remissione alla Corte di Giustizia (con i vari *speeches* – non più “*opinions*”, ma per il contesto sempre “parlamentare” *speeches* – dei vari *Law Lords*, ed in particolare del brillante Lord Hoffmann, a favore della compatibilità dell'*anti-suit injunction* con il Regolamento comunitario, perlomeno quando si tratti di favorire l'arbitrato internazionale, che è materia espressamente esclusa dal suo campo di applicazione). Ebbene, Sir Colman, autore, tra l'altro, del manuale sul processo davanti alla Commercial Court (ed ivi rimasto per tutta la sua carriera, perché probabilmente, per certi versi, era il più esperto), diceva di aver concesso l'*anti-suit injunction* in soli tre casi e sempre molto a malincuore, solo quando ciò era apparso strettamente necessario. Prova ne sia – non me lo disse lui allora, ma lo si vede nel libro di Andrews – che in un noto caso russo egli rinunciò a fare l'*anti-suit injunction* per bloccare l'instaurando processo civile a scapito di un arbitrato con sede designata a Londra, rinviando le parti all'esperimento di un tentativo di mediazione<sup>11</sup>. La sentenza della Corte di Lussemburgo nel caso *West Tankers* ha tarpato un po' le ali (i giudici più vigorosi non esiteranno a esprimere le loro apprensioni di una sorta, loro dicono, di *emasculation*). Nel caso *Gazprom* del 2015, la Corte è tornata a pronunciarsi su un caso di circolazione in Europa di una *anti-suit injunction*, stavolta pronunciata però da un collegio arbitrale, ed ha assunto un atteggiamento affatto neutrale, quasi tiepido: si è detto che la *anti-suit* arbitrale non viola il princi-

<sup>10</sup> *West Tankers Inc v RAS Riunione Adriatica Sicurtà SpA* [2007] UKHL 4.

<sup>11</sup> *C v RHL*, [2005] EWHC 873 (Comm), Colman J.

pio della autonomia del giudice togato nel decidere sulla propria competenza giurisdizionale (nel caso di specie si trattava della Suprema Corte lituana, Stato che a detta della potente Gazprom aveva violato la clausola compromissoria contenuta in un patto parasociale sulla *governance* della società pubblica di gestione della rete del gas baltica, tra Lituania e l'enclave russa di Kaliningrad, dando avvio ad un procedimento di ispezione giudiziaria sulla gestione della società), e si è rimarcato però, altresì, che l'eventuale violazione della *anti-suit* arbitrale da parte del suo destinatario non comporta (a differenza delle misure emesse dal giudice inglese) sanzioni per *contempt, civil o criminal, of court*.

X. L'utilità di questi istituti, cui abbiamo ora solo rapidamente fatto cenno, e che stentano a trovare ascolto in Europa, si comprende appieno nel momento in cui si tratta di tutelare planetariamente la ricchezza finanziaria e, in buona sostanza, le aspettative sottese al mondo del *trust*. Sono questi gli elementi che combinandosi all'*equity* (più che non alla tradizionale *common law*) rendono così competitivo il sistema inglese nella presente congiuntura economica. La stessa *equity*, al suo interno, è corredata da quel tipo di istituti che ben poco hanno a che vedere, a mio parere, con la misericordia del sovrano, di cui era custode il Lord Chancellor e la sua Corte di Chancery, e che molto hanno invece in comune con la non misericordia dei beati *possidentes*: mi riferisco soprattutto ai cruciali, se ben intesi, *fiduciary duties*, esasperati a tal punto da diventare, in molti casi, obbligazioni a carattere punitivo per colui che abbia anche solo minimamente “sgarrato”, senza con ciò arricchirsi o appropriarsi di nulla, ma traendo solo qualche occasione dal suo ruolo di fiduciario.

Non dobbiamo poi dimenticare che, in Inghilterra, l'eccezione di difetto di giurisdizione è concepita non come mera eccezione rituale ma come una “*challenge to jurisdiction*”, vale a dire come fonte di un processo nel processo, che vede lo straniero “sfidante” attore e onerato della prova e che per intero (eventuali impugnazioni incluse) si svolge prima dell'inizio della trattazione del merito. Chi solleva la questione di giurisdizione non ha così nemmeno diritto a parlare di *mediation* o di altre forme di risoluzione conci-

liativa della controversia. Prima si chiarisce se sussiste la giurisdizione e solo successivamente si valuta, nell'ambito dei vasti poteri rimessi al Giudice inglese, che cosa convenga fare nel merito. Se poi il soccombente sul punto ottenga anche il *permission* di impugnare il *judgment on jurisdiction* davanti alla *Court of Appeal*, si avrà un grado di appello limitato a tale questione, con eventuale condanna alle spese autonome per l'uno o i due gradi percorsi.

XI. Abbiamo di fronte un prezioso intarsio di nuovo e di vecchio, perché veramente, di fronte a questo tipo di giustizia, dopo quattro anni vissuti intensamente, mi trovo come Catullo di fronte a Lesbia, se posso fare un paragone un po' ardito: non posso certo dire che non mi piace, posso dire che in molti momenti l'ho detestata e mi capiterà di detestarla ancora, però essa ha un fascino indubbio e conturbante. Se saranno bravi, quei Giudici e *barriers* e quanti altri compongono l'apparato di quel sistema, riusciranno sicuramente a proporre la loro idea di giustizia e di processo civile come un modello per altri ordinamenti. Dovranno, però, con molta leggera ipocrisia – e a me pare che ne siano capacissimi – mettere la sordina ad alcune caratteristiche della loro storia e, se vogliamo, anche della loro società, perché quelle non sono certo più esportabili. Una volta emendata da questi ammennicoli, che sono importanti, ma non indispensabili, ritengo che quella creazione avrà nel suo complesso la capacità non tanto di essere venduta a noi europei, che – chi più chi meno – siamo abbastanza “vaccinati” (credo che saremmo tutti disposti a rinunciare alla legge applicabile o alla lingua del contratto, pur di non includere una clausola di giurisdizione inglese a tutela di una parte non inglese e anche di molti clienti inglesi normali, affezionati alla Francia del sud o all'Italia centrale); quanto, piuttosto, la capacità di riuscire a prevalere sul modello alternativo nord-americano, che per effetto dell'*American exceptionalism* e delle particolarità che lo connotano si presenta assai meno appetibile (v. per tutte: il Giudice largamente elettivo, o comunque scelto con criteri diversi da quella cooptazione tra *lawyers* e *lawyers*, di tipo pratico e con esclusione dell'accademia, che negli Stati Uniti invece conta moltissimo). Anche in Inghilterra, si badi bene, era tutto imperniato

attorno alla giuria. Ma a differenza che negli Stati Uniti, dove la giuria continua ad occupare un ruolo centralissimo, all'ultimo momento, in Inghilterra, la giuria è stata tolta, ed è oggi rinunciabile, e viene regolarmente rinunciata, financo nei *libel cases*<sup>12</sup>. Vi è poi tutta una serie di altre peculiarità che voi tutti conoscete e sarebbe superfluo stare a ripetere (non ultima una certa antipatia assai diffusa nei confronti di taluni istituti – *class actions*, danni punitivi, giudice attivista... – del diritto nord-americano) che fa sì che quel sistema si presenti come meno attraente, nella competizione tra ordinamenti che si va avviando, di quanto non possa essere un modello inglese rifinito.

XII. Credo, in definitiva, che noi europei continentali avremo grande interesse, in questo momento, (prima a cercare di conoscere davvero meglio, e poi) a dialogare con i Giudici inglesi – dovrebbero essere loro i nostri interlocutori – per cercare di ottenere una versione di quel modello che sia più compatibile con l'equo processo e con l'ordine pubblico processuale, così come tali concetti sono intesi nel continente. Dovremmo cercare di farci comunicare ciò che di prezioso e di buono vi è in quel modello, perché ne abbiamo enormemente bisogno. C'è una forte necessità di giudici che ogni volta che scrivono una *opinion* o che pronunciano uno *speech* (se siedono alla *House of Lords*) assumano la responsabilità e prendano piena coscienza della loro decisione, in modo da permettere alla giurisprudenza di crescere in maniera razionale e costruttiva, non servente ma effettivamente coordinata con l'esigenza dell'economia, nonostante eventuali piccole inaccuraterie come quelle che ho poc'anzi citato.

Nulla di tutto questo, evidentemente, c'è in Italia, come sappiamo, ma debbo dire che non molto di tutto questo c'è purtroppo neppure in Francia o in Germania, che sono gli altri poli a cui potremmo guardare con attenzione. Sarebbe allora utile, secondo

<sup>12</sup> V. ANSTON, *op. cit.*, 147-148: “England has become more pragmatic. Nowadays English civil trials are hardly held ever before a jury”. Lo stimolo pragmatico a rinunciare ad un baluardo della storia democratica inglese è quello che le proviene dalla City, non certo dal fiorito Kent. Del resto per casi transnazionali la ratio della giuria “locale” di *countrymen* sarebbe stravolta.

me, più che una difesa del diritto francese, come forse giustamente, nel breve periodo, stanno facendo a Parigi in un apposito istituto (in place Vendome, addirittura), mettere insieme un *pool* italo-franco-tedesco, includendovi anche spagnoli e qualcun altro, per dialogare a fondo con i *learned judges* di Londra (non potremmo, in questo momento, ancora chiamarli "colleghi") e saggiare così appieno la possibilità di costruire insieme qualche cosa che sia sulla loro scia, ma con i doverosi emendamenti, atto a ridare vigore e competitività alla giustizia civile e arbitrale nella UE.

SEZIONE PRIMA  
IL PROCESSO INGLESE

**CAPITOLO I**  
**LA POTESTAS JUDICANDI DEL GIUDICE INGLESE**  
di Elena D'Alessandro

SOMMARIO: 1. Origine della vicenda. – 2. Sussistenza della giurisdizione inglese.

**1. Origine della vicenda**

La vicenda Gambazzi trae origine dal fallimento, verificatosi nel 1992, di un *hedge fund* canadese avente sede sociale a Montréal: la *Castor Holding Ltd.* Per effetto del fallimento, gli investitori (anch'essi canadesi) *Daimler Chrysler Canada* e *CIBC Mellon Trust*, che in tale *fund* avevano collocato cospicue somme di denaro, per lo più provenienti da fondi pensione, subirono pesanti perdite. Ne seguirono decine di azioni risarcitorie proposte, in Canada, nei confronti dei vertici del *Castor Group*.

Il 1° agosto del 1996, le due società *Daimler Chrysler Canada* e *CIBC Mellon Trust*, poiché le procedure risarcitorie aperte in Canada da altri danneggiati a seguito della declaratoria di insolvenza della *Castor Holding Ltd.*, nonostante fossero passati ormai anni dal momento in cui si era verificata l'insolvenza della *Castor Holding Ltd.*, risultavano ancora pendenti senza che si fosse pervenuti ad una decisione di merito<sup>1</sup>, agirono in giudizio in Inghil-

<sup>1</sup> Come chiarito nella pronuncia *Wigham v. Widdrington (Succession de)*, 2007 QCCA 1687 (CanLII), [2008] R.J.Q. 59, del 5 dicembre 2007, punti 5-8: «*Castor Holdings fait faillite le 9 juillet 1992. Les investisseurs atteints par cette faillite, principalement des banques, se tournent alors contre la société de comptables Coopers & Lybrand et ses associés de l'époque, dont Elliot C. Wigham, qui ont agi à titre de vérificateurs comptables de Castor Holdings de 1978 à 1991. ... En février 1994, une quarantaine d'actions en dommages-intérêts sont intentées contre la société Coopers & Lybrand et près de 300 de ses comptables associés. En 2007, une vingtaine de ces causes touchant environ 40 parties sont toujours pendantes devant la Cour supérieure alors que les autres ont fait l'objet de désistements. Conséquemment, aucune des actions concernant la faillite de Castor Holdings n'a encore bénéficié d'un jugement final.*»

Per un ulteriore esempio di azione risarcitoria proposta dinanzi al giudice canadese e conclusasi successivamente al momento in cui taluni danneggiati decisero di adire il foro inglese si veda la decisione della *Cour Supérieure*, distretto di Montréal relati-

venzione di Lugano del 1988<sup>4</sup> – tra cui l'avv. Gambazzi, domiciliato in Svizzera – la giurisdizione inglese è stata reputata sussistente per ragioni di mera connessione, *i.e.* in forza del c.d. foro del litisconsorzio passivo *ex art.* 6, n. 1, della Convenzione.

La disposizione *de qua*, come noto, stabilisce che in caso di pluralità di convenuti, questi ultimi possano essere citati davanti al giudice del luogo in cui uno qualsiasi di essi è domiciliato (nel caso di specie: nel foro del domicilio del sig. Stolzenberg).

Siffatto criterio di giurisdizione per ragioni di connessione – come prevedono espressamente sia l'art. 6, n. 1, Reg. n. 44/2001 che l'art. 8, n. 1, Reg. n. 1215/2012, e come all'epoca dei fatti aveva già chiarito la Corte di giustizia riferendosi alla norma-gemella contenuta all'art. 6, n. 1, della Convenzione di Bruxelles del 1968 – opera a condizione che tra le domande esista un nesso così stretto da rendere opportuna una trattazione unica e una decisione unica onde evitare il rischio, sussistente in caso di trattazione separata, di giungere a decisioni incompatibili<sup>5</sup>. Quest'ultimo requi-

<sup>4</sup> Entrata in vigore per il Regno Unito il 1° maggio 1992. V. in proposito la Sezione 3C del *Civil Jurisdiction and Judgments Act* del 1982. *Infra*, nota n. 9.

<sup>5</sup> Sulla nozione di connessione ai sensi dell'art. 6, n. 1, Reg. n. 44/2001, in questa sede non direttamente rilevante, v. BIGNARDI, *La connessione attributiva di giurisdizione nel regolamento Ce n. 44/2001*, Padova, 2011, spec. 107 ss. e, *in via*, D'ALESSANDRINO, *La connessione tra controversie transnazionali*, Torino, 2009, 37 ss., nonché 76 ss. dove arriviamo cautamente a suggerire che, per ragioni di garanzia del giudice naturale, l'autorità giurisdizionale dovrebbe chiudere in rito il giudizio una volta accertati che l'*anchor defendant* è stato convenuto in giudizio al solo fine di far operare l'art. 6, n. 1 (oggi art. 8, n. 1, Reg. n. 1215/2012). Non si dimentichi, infatti, che la norma *de qua* sacrifica sull'altare del *simultaneous process* la garanzia del giudice naturale per i convenuti diversi dall'*anchor defendant*. Questi ultimi, invero, sono costretti a difendersi in un ordinamento diverso da quello del loro domicilio, secondo una legge processuale che non è (verosimilmente) quella del loro ordinamento di appartenenza e in una lingua che, verosimilmente, non è la loro lingua madre.

In questa sede importa altresì sottolineare che il riferimento alla giurisprudenza dei giudici del Lussemburgo operato nel testo è da intendersi come effettuato, in particolare, a Corte di giustizia, 27 settembre 1988, causa C-189/87, *Kalfelis* (ECLI:EU:C:1988:459), Raccolta, 5565, spec. punto 12 nonché punti 8 e 9, qui di seguito riprodotti: «Si deve osservare che il principio enunciato dalla convenzione è quello della competenza dei giudici dello Stato in cui è domiciliato il convenuto e che la competenza prevista dall'art. 6, n. 1, costituisce un'eccezione a questo principio. Ne consegue che detta eccezione va interpretata in modo che non ponga a repentaglio l'esistenza stessa del principio. Ciò potrebbe verificarsi qualora un attore avesse la facoltà di citare in giudizio più convenuti al solo scopo di sottrarre uno di questi conve-

sito fu introdotto dalla Corte di giustizia per evitare che un convenuto venga sottratto al proprio giudice naturale per motivi diversi rispetto a quello consistente nella necessità di evitare la formazione di decisioni di tenore contrastante. Nella vicenda in esame, essendo state le domande di "indennizzo" proposte nei confronti di una pluralità di soggetti contitolari dell'obbligo risarcitorio, *i.e.* nei confronti di una pluralità di litisconsorti facoltativi dal lato passivo, il *simultaneous process* era teso a schivare (non già un contrasto pratico di decisioni e neppure un contrasto teorico tra pronunce i cui oggetti sono posti tra di loro in relazione di pregiudizialità-dipendenza ma, piuttosto) un mero contrasto di accertamenti circa la sussistenza o meno dell'obbligo risarcitorio. L'esigenza di evitare siffatto contrasto di accertamenti fu reputata sufficiente, dal giudice inglese, per giustificare l'applicazione dell'art. 6 della Convenzione di Lugano del 1998. Del resto, l'esistenza di una stretta connessione tra le domande proposte nei confronti dei convenuti tale da giustificare la realizzazione del simultaneo processo non è mai stata posta in dubbio dai soggetti interessati a negare la sussistenza della giurisdizione inglese, i quali, avv. Gambazzi compreso (come vedremo a breve), per contestare la sussistenza della giurisdizione inglese si limitarono ad affermare che il sig. Stolzenberg non era residente a Londra al momento in cui gli fu notificato l'atto introduttivo del giudizio.

Infine, nei confronti dei restanti convenuti non domiciliati in uno Stato membro e neppure in uno Stato siglatario della Convenzione di Lugano del 1988 (segnatamente, si trattava di un convenuto domiciliato a Panama, di uno domiciliato in Liechtenstein e di uno domiciliato nelle Antille) la giurisdizione inglese è stata affermata in base alla regola generale, di diritto comune inglese, secondo cui "*the jurisdiction of the court depends upon service of process*" e, segnatamente, in applicazione dell'*order* 11 r. 1 (c) *RSC (Rules of Supreme Court)*. In forza di tale *order* le attrici avevano ottenuto un *leave*, *i.e.* un'autorizzazione a notificare l'atto

nuti alla competenza dei giudici dello Stato in cui risiede. Come si osserva nella relazione del comitato degli esperti che ha elaborato il testo della convenzione (GU C 59 del 5-3-1979, pag. 1), questa possibilità va esclusa. È perciò necessario che vi sia una connessione tra le domande promosse nei confronti di ciascuno dei convenuti».

introduttivo del giudizio al di fuori della giurisdizione inglese, sul presupposto che i destinatari fossero delle «*necessary or proper parties to a claim brought against a person duly served*».

Come risulta dalla decisione della *Court of appeal* del 29 ottobre 1997:

*"The plaintiffs sought that leave prior to having served any defendants, and these defendants accordingly applied to set aside leave. It was accepted before the judge that before leave to serve out of the jurisdiction could be granted in reliance on Ord. 11 r. 1(1)(c), at least one other defendant should have been served, and that thus prima facie leave had been wrongly granted. However, the judge having ruled that Mr. Stolzenberg was domiciled in the United Kingdom at the material time, and that the Convention Defendants had been duly served, was prepared to validate service retrospectively on these "non-Convention Defendants" following the guidance given in Kuwait Oil Tanker Co. S v. Al Bate [1997] 2 All ER 855".*

La giurisdizione inglese, dunque, ancora una volta non si fondava su di un "diretto" criterio attributivo della competenza giurisdizionale ma, piuttosto, si basava su di un criterio indiretto, i.e. sussisteva per ragioni di mera connessione, ossia era stata concessa l'autorizzazione ad effettuare la notifica all'estero perché, ad avviso della corte inglese, vi era la *potestas decidendi* del giudice anglosassone nei confronti del *principal defendant*.

A complicazione della già intricata vicenda accadeva che, dopo l'emissione del writ da parte della cancelleria del giudice londinese adito, l'unico soggetto tra tutti i convenuti in giudizio che aveva un collegamento diretto con il foro inglese, ossia il sig. Stolzenberg, vendesse il proprio appartamento di Londra e si trasferisse in Germania con la conseguenza che, nel momento in cui quest'ultimo si era visto notificare l'atto introduttivo del giudizio ossia l'11 marzo 1997, egli non risultava più proprietario di alcun cespite in Inghilterra. Dunque, a quel momento, ogni collegamento stabile con il foro inglese del *principal defendant* sembrava venuto meno.

Come evidenziato nel verbale di udienza del 23 maggio 1997 davanti al giudice *Rattee* della *High Court of Justice*:

*"Contracts for the sale by Mr. Stolzenberg of 9 Chester Street were exchanged on 2<sup>nd</sup> July 1996, and the contract completed on or about 19*

*August 1996. There is some evidence, though not of a very satisfactory nature, since it consists of uncorroborated double hearsay evidence, to the effect that when Mr. Stolzenberg sold 9 Chester Street he told his own solicitor that he was moving to Paris. In fact there is a flat in Paris, of which the address is known to the plaintiffs, which Mr. Stolzenberg does use, but there is no evidence of the extent of his residence (if any) at that address".*

Tuttavia, all'esito di attività investigative condotte dagli attori risultava che:

*"by 16<sup>th</sup> August 1996, Mr. Stolzenberg had instituted an arrangement with a firm called ... KSS, of Brompton Road, London SW3, for mail for him to be addressed to him at the address of KSS for forwarding to him. On 20<sup>th</sup> November 1996 there was in force an instruction by Mr. Stolzenberg to the Royal Mail that mail addressed to 9 Chester Street should be readdressed to an address in London".*

Come ricorda ancora *Lord Steyn* nella decisione della *House of Lords* del 12 ottobre 2000, facendo un breve riassunto della vicenda:

*"Mr. Stolzenberg was known to have owned and resided in a house in London until August 1996. He then sold that house. He moved to another house in London. At that stage he was domiciled in England but on a date which is not known he departed from England to reside in Germany. His domiciliary position in the period immediately after the issue of the writ was therefore uncertain. The plaintiffs asserted that at the time of the issue of the writ, which they contended was the relevant date, Mr. Stolzenberg was an anchor defendant entitling them to sue other defendants in England".*

Per tale ragione, non appena instaurato il contraddittorio e, precisamente, in data 11 aprile 1997, taluni convenuti – tra cui l'avv. Gambazzi – mediante un'apposita *notice of motion* avevano eccepito il difetto di giurisdizione del giudice adito. Si contestava, in particolare, la circostanza che il *principal defendant*, ossia il sig. Stolzenberg, fosse effettivamente domiciliato a Londra. La confutazione si fondava sul rilievo per cui, al momento in cui era stato notificato l'atto introduttivo del giudizio, egli non risultava più proprietario di alcun bene immobile in Inghilterra.

La *High court*, con provvedimento del 23 maggio 1997 emesso da *Mr. Justice Rattee*, aveva però rigettato l'eccezione di difetto di giurisdizione ritenendo, al contrario, che il *principal defendant* fosse domiciliato a Londra al momento dell'introduzione del giudizio.



Come risulta dal verbale dell'udienza del 23 maggio 1997 svolta davanti al giudice Rafter, infatti:

"Although there is evidence that Mr. Stolzenberg has an address in Paris and had addressed in Germany and Canada, there is no evidence as to what (if any) time he has spent at any of them. There is evidence that Mr. Stolzenberg was in London on 11<sup>th</sup> March 1997, consisting of copies of credit card vouchers for sums spent by him on that day in establishments in London. According to the plaintiffs this is material, because it was on that day that, according to them, they succeeded in serving Mr. Stolzenberg with the writ. On that day the plaintiffs' solicitors sent a copy of the writ by first class post addressed to Mr. Stolzenberg at 9 Chester Street and, still on the same day, put a copy of the writ addressed to Mr. Stolzenberg through the letter box at 9 Chester Street. Also on 11<sup>th</sup> March the plaintiffs' solicitors sent a copy of the writ by first class post addressed to Mr. Stolzenberg at the address of KSS".

Per meglio comprendere questa decisione e le motivazioni su cui si fondava (ossia l'assunto secondo cui il sig. Stolzenberg era residente a Londra, come comprovato dalla circostanza che il giorno in cui gli era stato notificato l'atto introduttivo del giudizio aveva fatto acquisti in città) è forse opportuno ricordare che la nozione di domicilio della persona fisica convenuta in giudizio, nel contesto della Convenzione di Lugano – applicabile in riferimento al convenuto avv. Gambazzi – è da determinare ai sensi della *lex fori*, alla stregua di quanto si verificava in riferimento alla Convenzione di Bruxelles del 1968.

Come noto, tuttavia, l'Inghilterra ha storicamente avuto un approccio con la giurisdizione che prescinde dalla necessità che il convenuto abbia nel foro la residenza o il domicilio (quest'ultimo inteso nel senso continentale di *permanent home*). Viceversa, come già ricordato, il dato rilevante è costituito dalla circostanza che il convenuto sia presente sul territorio dello Stato, almeno quando riceve la notifica dell'atto introduttivo del giudizio, e che li abbia *properties*<sup>6</sup>.

Per questa ragione, nel momento in cui la Gran Bretagna ade-

<sup>6</sup> Chiaro in proposito BROWN, *The Impact of Recent Judgments of the European Court on English Procedural Law and Practice*, in *Int'l L.J.* 2005, 137 ss. Ribadiscono che la nozione di domicilio, nel diritto inglese, non coincide con il concetto di *permanent home* anche DICKEY-MORRIS-COLLINS, *The Conflict of Laws*, Vol. 1, 15 Ed., London, 2012, para. 6-004.

ri alla Convenzione di Bruxelles del 1968, il relativo gruppo di lavoro, dopo aver constatato che la nozione di *domicile* propria del diritto inglese divergeva non poco da quella degli altri ordinamenti europei di *civil law*, in quanto tale concetto non indicava il legame della persona con un determinato territorio ma solamente la sua appartenenza al diritto inglese<sup>7</sup>, pregò tale Stato di voler dare, nella propria legge di ratifica della Convenzione di Bruxelles del 1968 «una nozione di domicilio che si discosti dalle ... regole tradizionali e che si orienti sull'essenza di quanto si intende per "domicilio" negli Stati originari della Cee»<sup>8</sup>. Tale nozione è stata utilizzata anche ai fini applicativi della Convenzione di Lugano, in quale è stata ratificata in Gran Bretagna per mezzo del *Civil Jurisdiction and Judgments Act* del 1991 con il quale è stata emendata anche la *Section 41* del *Civil Jurisdiction Act* del 1982<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Come ricordato da SCHLOSSER, nella sua *Relazione relativa all'adesione alla Convenzione di Bruxelles del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, GU del 5 marzo 1979, n. C. 5095, punto 72: «la nozione di domicilio nel diritto dell'Irlanda e del Regno Unito diverge notevolmente dal diritto continentale in vari punti. In primo luogo tale nozione non si basa sul rapporto di una persona con un determinato luogo o addirittura con una determinata abitazione in una data località, bensì sul fatto che tale persona abbia un legame radicato con una determinata sfera territoriale di diritto. Il *domicile* di una persona indica semplicemente l'appartenenza della stessa all'ambito del diritto anglo-gallese ... Giuridicamente, il rapporto di una persona con una determinata località è indicato non con "*domicile*" ma con "*residence*".»

<sup>8</sup> *Relazione SCHLOSSER*, cit., punto 73.

<sup>9</sup> Ai sensi della *Section 41* del *Civil Jurisdiction Act* del 1982 rubricata *Domicile of individuals* ed applicabile anche in caso di operatività della Convenzione di Lugano, il giudice adito, per poter ritenere sussistente il domicilio del convenuto nel Regno Unito, deve sincerarsi che:

- (a) *he is resident in the United Kingdom; and*
- (b) *the nature and circumstances of his residence indicate that he has a substantial connection with the United Kingdom.*
- (3) *Subject to subsection (5), an individual is domiciled in a particular part of the United Kingdom if and only if:*
  - (a) *he is resident in that part; and*
  - (b) *the nature and circumstances of his residence indicate that he has a substantial connection with that part.*
- (4) *An individual is domiciled in a particular place in the United Kingdom if and only if he:*
  - (a) *is domiciled in the part of the United Kingdom in which that place is situated; and*
  - (b) *is resident in that place.*
- (5) *An individual who is domiciled in the United Kingdom but in whose case the re-*

Attualmente si ritiene che una persona sia domiciliata nel Regno Unito, ai fini dell'applicazione della Convenzione di Lugano del 2007 nonché, dal 10 gennaio 2015, del Reg. n. 1215/2012, se «*she is resident in the United Kingdom and this residence indicates that he has a substantial connection with the United Kingdom*». Si reputa che possa presumersi la sussistenza di una domiciliatura in Gran Bretagna se il convenuto vi risiede da tre mesi<sup>10</sup>, i.e. se da tre mesi la Gran Bretagna è, per tale soggetto, «*the usual place of abode*»<sup>11</sup>.

requirements of subsection (3)(b) are not satisfied in relation to any particular part of the United Kingdom shall be treated as domiciled in the part of the United Kingdom in which he is resident.

(6) In the case of an individual who:

(a) is resident in the United Kingdom, or in a particular part of the United Kingdom; and

(b) has been so resident for the last three months or more, the requirements of subsection (2)(b) or, as the case may be, subsection (3)(b) shall be presumed to be fulfilled unless the contrary is proved.

(7) An individual is domiciled in a state other than a State bound by the Lugano Convention if and only if –

(a) he is resident in that State; and

(b) the nature and circumstances of his residence indicate that he has a substantial connection with that State.

«*Beeson, The conflict of Laws*, 3 ed., Oxford, 2013, 63, secondo cui se la persona risiede da almeno tre mesi nel Regno Unito, si reputa che sia là domiciliata a meno che l'interessato non fornisca prova contraria. Così, uno studente che risiede in Inghilterra per tre mesi è considerato, in via presuntiva, là domiciliato, a meno che non riesca a provare di non avere una *substantial connection* con il foro. L'esemplificazione è presa in prestito da HARTLEY, *International Commercial Litigation*, Cambridge, 2009, 27.

Spiega nitidamente come funziona la previsione *de qua*, anche ROGERSON, *Collier's Conflict of Laws*, Cambridge, 2013, 72: «*An individual is domiciled in a part of the United Kingdom if he or she is resident in that part and has a substantial connection with that part. Finally, an individual is domiciled in a place in the United Kingdom if he or she is domiciled in that part where the place is located and has a residence in that place. Residence in the United Kingdom (or a part or place) is accorded the usual statutory meaning which is that of the defendant's settled or usual place of abode. It is possible to be resident in more than one place and therefore to be domiciled in more than one Member State*». La medesima Autrice dà atto di come l'ordinamento inglese ponga una presunzione di sussistenza di una *substantial connection* con il territorio inglese nell'ipotesi in cui il soggetto abbia risieduto per tre mesi in Gran Bretagna.

In arg. v. altresì *Bank of Dubai Limited/Fouad Haji Abbas* ([1997] LL. Pr. 308) ove si ribadisce che «*a person is resident ... in a particular part of the United Kingdom if that part is for him a settled or usual place of abode*».

<sup>10</sup> Talvolta, tuttavia, la giurisprudenza si astiene dall'applicare la presunzione *de*

Parimenti, sempre ai fini di una migliore comprensione della vicenda, pare opportuno segnalare che, come evidenziato dal *Report Hess-Pfeiffer-Schlösser* sull'applicazione del Reg. n. 44/2001, nel Regno Unito si permette al convenuto di avere due domicili e di risultare così collegato a due ordinamenti<sup>12</sup>.

qua. Ad esempio la *High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court* ha ritenuto di non applicare la presunzione trimestrale che avrebbe portato ad affermare la sussistenza di una *substantial connection* del convenuto con il foro inglese nel caso *High Tech International v. Deripaska* [2006] EWHC 3276 (QB) così come nella decisione *Yugraneft v. Abramovich* [2008] EWCH 2613 (Comm.). Tutte e due le vicende sono successive nel tempo rispetto a quella che ha visto coinvolti i sigg.ri Stolzenberg e Gambuzzi. Nel primo caso si trattava di stabilire se un oligarca russo fosse domiciliato in Gran Bretagna. La medesima problematica si poneva nel secondo caso, nel quale il magnate russo Abramovich aveva contestato la sussistenza della giurisdizione inglese nei suoi confronti affermando di non essere stato residente in Gran Bretagna al momento della proposizione della domanda. Segnatamente, dopo essersi richiamato alla nozione di *good arguable case* offerta in *Canal Trust v. Stolzenberg* (No 3) [2002] 1 AC 1 (su cui *infra* nel testo), in ambedue le vicende il giudice inglese è giunto alla conclusione per cui i due uomini d'affari russi non potevano essere considerati domiciliati in Gran Bretagna, nonostante avessero colà proprietà immobiliari ed interessi economici e vi avessero trascorso circa tre mesi. Abramovich, inoltre, aveva pure fatto studiare i propri figli in scuole inglesi ma la circostanza *de qua* è stata ritenuta ininfluenza in quanto, dopo la separazione dalla moglie, risultava che il magnate li vedesse solo durante le vacanze e, comunque, fuori dall'Inghilterra. La corte inglese è pervenuta ad un siffatto risultato sia in considerazione della attività di *international businessman* svolta dai medesimi convenuti, sovente impegnati in riunioni in tutte le parti del mondo sia perché, tra l'altro, costoro risultavano proprietari di immobili anche in altri Stati. Particolarmente significative sembrano le parole di Mr. Justice Clarke al punto 487 della pronuncia *Abramovich*: «*despite his ownership of Chelsea and his property in Lowndes Square, he was resident in Russia and not in England. Purchases of expensive property in England which, in the case of a man of ordinary wealth, would suggest settlement here, may have no such significance to someone for whom money is no object. Mr. Abramovich's use of the Lowndes Square property (intended to become a single property) does not indicate that in November 2007 it was his usual or settled place of abode*».

<sup>12</sup> PRATERA, in *Hess-Prater-Schlösser, Study JLS/C4/2003/03. Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_application\\_brussels\\_1\\_en](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en), 87: «*Also in the UK it is admitted that a person may have a factual connection with two or more Member States at the same time, and that therefore a case of multiple domicile*». Conf. ROGERSON, *Collier's Conflict of Laws*, cit., 72 («*It is possible to be resident in more than one place and therefore to be domiciled in more than one Member State*»); SOAT, *A practical approach to Civil Procedure*, Oxford, 2013, 71 e, in giurisprudenza, in *High Tech International v. Deripaska* [2006] EWHC 3276 (QB).

Contra, ossia nel senso che «secondo il diritto del Regno Unito una persona ha sempre un *domicile* e non può mai averne più di uno» SCHLOSSER, *Relazione*, cit., punto 72.

Evidentemente la *High court*, nella decisione del maggio 1997, ritenne che il sig. Stolzenberg fosse domiciliato a Londra al momento della ricezione dell'atto introduttivo del giudizio e che fosse, dunque, integrato il requisito previsto dall'art. 6 della Convenzione di Lugano del 1988. Tuttavia, dalla lettura del provvedimento emerge che la discussione e, conseguentemente, l'attenzione dell'autorità giudiziaria si incentrò non tanto su siffatto requisito quanto, piuttosto, su di un altro aspetto "collaterale".

Infatti, il giudice *Rattee* dovette in primo luogo stabilire in via preliminare se, al fine di determinare se il *principal defendant*, nel caso di specie, fosse effettivamente domiciliato in Inghilterra, ai sensi e per gli effetti della Convenzione di Lugano, si sarebbe dovuto utilizzare un criterio di prova più rigoroso di quello solitamente utilizzato ai fini del test sulla giurisdizione (ai sensi della *lex fori*), in particolare quando la notifica dell'atto introduttivo del giudizio deve avvenire all'estero.

Il criterio (quantomeno all'epoca) usualmente impiegato ai fini della ponderazione della *potestas decidendi* del giudice inglese consiste(va) nella necessità, da parte dell'istante, a fronte di una contestazione della giurisdizione proveniente dal convenuto (ovvero da uno dei convenuti), di dimostrare che si verte(va) in presenza di un «*good arguable case on the merits*», cioè che si tratta(va) di uno «*strong prima facie case*»<sup>13</sup>.

In altri termini, a fronte della contestazione, ad opera del convenuto, della sussistenza della giurisdizione, l'attore avrebbe dovuto fornire un "principio di prova", teso a dimostrare la fonda-

<sup>13</sup> Per ulteriori approfondimenti sul concetto di *good arguable case on the merits* si rinvia a MARTINO, *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, Milano, 2008, 93 ss.; LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, Milano, 2002, spec. 153 ss.; F. VILLATA, *L'armonizzazione degli accordi di scelta del foro nel Regolamento Bruxelles I*, Padova, 2012, 57 ss., la quale dà conto del fatto che, essendo state sottoposte a critica, ad opera di autorevole dottrina, le conseguenze derivanti dalla applicazione del test del *good arguable case* a fattispecie correlate alla giurisdizione di un altro Stato membro (poiché, in tal modo, il giudice inglese avrebbe potuto conoscere della causa in presenza di una mera possibilità, lontana dalla certezza, della sussistenza della propria giurisdizione), una parte della giurisprudenza inglese, in anni successivi rispetto alla vicenda qui in esame, ha scelto di valutare esclusivamente quale delle parti abbia, più incisivamente, *the better argument for each of the matters which he/she relied on to found jurisdiction in England*.

tezza nel merito delle proprie ragioni, *rectius* delle ragioni sulle quali si sarebbe fondata la giurisdizione inglese.

Si è utilizzata l'espressione "principio di prova" in quanto, come sottolineato a più riprese dalla dottrina, la questione *de qua* è di quelle che sono normalmente decise mediante *affidavits* «and without full disclosure and/or cross-examination (i.e. senza una vera e propria istruttoria, N. d. A.), and the power to order a preliminary issue on jurisdiction will seldom be used because trials on jurisdiction issues are to be strongly discouraged»<sup>14</sup>.

Nella vicenda in esame, ci si era domandati se si fosse dovuta fare applicazione di tale criterio piuttosto che dell'ordinario «*civil standard of proof, that is to say, on the balance of probabilities*».

La risposta prescelta fu la prima.

Ad avviso del giudice, il criterio da utilizzare per verificare l'avvenuta integrazione del disposto di cui all'art. 6 della Convenzione di Lugano e, dunque, se il sig. Stolzenberg fosse stato effettivamente domiciliato a Londra, avrebbe dovuto essere, *more solito*, quello ("sommario" diremmo noi) del *good arguable case*.

Tale criterio di prova adattato alla fattispecie di cui all'art. 6 della Convenzione di Lugano implicava che le società attrici avrebbero dovuto dimostrare che il loro era un *good arguable case on the merits, rectius* che, *prima facie*, in base agli *affidavits*, le affermazioni sulle quali si fondava la sussistenza della giurisdizione inglese apparivano veritiere<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> DICER-MORRIS-COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., 432-433.

<sup>15</sup> Come già detto, in seguito alla vicenda Stolzenberg il criterio *de quo* è stato adattato alla regola del c.d. *much better argument*. CONF. DICER-MORRIS-COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., 433: «*Good arguable case reflects in that context that one side has a much better argument on the material available*» e ROBERTSON, in *Collier's Conflict of Laws*, 14 Ed., cit., 43, la quale, dopo aver sottolineato che le corti inglesi decidono le questioni di giurisdizione nelle battute iniziali del processo «without proper knowledge of the facts of the disputes» e che (ivi, 55) «at the time at which the jurisdiction of the court has to be established, there has been no full disclosure of the evidence between the parties», afferma che (ivi, 55) «In attempting to balance the rights of the claimant to have the case decided in the English court and those of the defendant who may not wish to suffer the costs of English litigation, the claimant has to show issues of contested jurisdictional fact or law to the standard of a "good arguable case". This phrase is not capable of very precise definition but the onus is on the claimant to satisfy the court that it is right to take jurisdiction in the circumstances alleged. At the point at which both parties are before the court to dispute jurisdiction

Un siffatto onere, ad avviso della *High court*, era stato assolto dalle parti attrici.

Si ritenne, cioè, di utilizzare il consueto criterio di prova del *good arguable case* anche se, a ben vedere, la nozione di "domicilio" contenuta nella Convenzione di Lugano, la quale costituiva il presupposto per l'operatività della *vis attractiva* di cui all'art. 6, n. 1, rinvia sì alla qualificazione datane in diritto nazionale ma sembra esigere, al contempo, la verifica della sussistenza di un effettivo legame tra il *principal defendant* e il foro, basato su un accertamento rigoroso<sup>16</sup>. Non si dimentichi, infatti, che, nella vicenda in esame, in forza dell'operare dell'art. 6 della Convenzione di Lugano, una pluralità di parti convenute è stata attratta davanti al giudice inglese.

Su questo aspetto, invece, non sembra essersi concentrata oltremodo l'attenzione dell'autorità giurisdizionale, la quale (verosimilmente in ossequio alla tradizione processuale inglese) considerò sufficiente, tra l'altro, la circostanza per cui il sig. Stolzenberg avesse effettuato acquisti a Londra il giorno in cui ricevette la notifica dell'atto introduttivo del giudizio, senza attribuire decisivo rilievo (a sostegno della tesi contraria) al fatto che il convenuto risultava essere proprietario di altri immobili ubicati in differenti Stati membri. Ciò sebbene del problema *de quo* la *High court* sembrasse consapevole, tanto da affermare che:

*"There is a further point to have in mind. In relation to Ord. 11, the court is of course exercising a discretion which gives it an additional basis for ensuring that the spirit of that rule is complied with. No discretion is being exercised so far as the Convention is concerned, but even in relation to the Convention there is a further protection for a defendant to which I have already made a passing reference. The court will be anxious to see that the Convention is not abused and that its effectiveness is not im-*

*the claimant has to have "a much better argument" on the material available than the defendants.*

<sup>16</sup> In senso contrario non può essere invocato il disposto di Corte giust., 28 gennaio 2015, causa C-375/13, *Kofas e Barclays Bank* (ECLI:EU:C:2015:37), secondo cui non è necessario che il giudice adito proceda ad un'istruzione probatoria per verificare la sussistenza della propria giurisdizione. L'enunciato della Corte del Lussemburgo, infatti, come dalla medesima precisato, vale solo per i c.d. elementi a doppia rilevanza, come tali pertinenti sia ai fini del rito che ai fini del merito. Il criterio del domicilio del convenuto all'interno di uno Stato sigatario, invece, è elemento rilevante ai soli fini del rito e, come tale, bisogno di apposita istruttoria.

*paired. In the Article 6 context in particular, despite the notion that the court has no discretion where the Convention is concerned, one sees that the court has formulated what are in essence terms to be implied into Article 6 e.g. that there must be a connection between the claims made (see e.g. *Gascoigne v. Pyrah* *The Times* 26/11/91); it must not be the sole object of joining a defendant to oust the jurisdiction of the court of the domicile of other defendants ... and it would be an abuse of Article 6 to join a defendant simply to obtain discovery (see *Moinlycke* 1117B). Thus in approaching the question whether the court is satisfied that it should take jurisdiction under Article 6 for example, it will certainly have in mind the implications in relation to prevention of abuse".*

Il giudice *Rattee* reputò altresì che, ai sensi dell'art. 6, n. 1, della Convenzione di Lugano, in Inghilterra un giudice debba considerarsi adito (*sued*) nel momento in cui il *writ* è stato *issued* ossia nel momento in cui esso è stato datato e munito del timbro della cancelleria della corte emanante, essendo irrilevante la circostanza per cui, successivamente a tale data, sia venuto a mancare qualsiasi collegamento della controversia con il foro. Egli aggiunse che l'art. 6 della Convenzione di Lugano non impone(va) affatto che la notifica del *writ* al convenuto domiciliato in Inghilterra dovesse precedere l'emissione o la notifica del *writ* agli altri convenuti non domiciliati.

A questo punto è utile precisare che, nel processo inglese, la proposizione di un'eccezione di difetto di giurisdizione determina l'apertura di un procedimento incidentale da definire autonomamente e in parallelo rispetto al giudizio di merito. Quest'ultimo, secondo quanto previsto dalla *Part 11* delle *Civil Procedure Rules*, nel frattempo non progredisce in attesa che sia definita la questione della giurisdizione<sup>17</sup>. Se, poi, l'eccezione di giurisdizione è rigettata, il *pre-trial process* riprenderà il suo corso<sup>18</sup>. Tra l'altro,

<sup>17</sup> Cfr. la *Rule 11* delle *CPR* inglesi, al cui § para. 9 si prevede che *"if a defendant makes an application under this rule (disputing the court's jurisdiction), he must file and serve his written evidence in support with the application notice, but he need not before the hearing of the application file (a) in a Part 7 claim, a defence; or (b) in a Part 8 claim, any other written evidence"*; non vi è dunque alcuna trattazione del merito, sussistendo anzi la possibilità di riservare qualunque difesa sul punto), prima che venga accertata la giurisdizione della Corte inglese.

<sup>18</sup> V. il punto 10 del parere del prof. Barcos sottoposto alla Corte di giustizia. *Infra*, sezione terza, cap. II.

nell'ambito del subprocedimento incidentale finalizzato alla decisione della questione di giurisdizione, il convenuto che abbia contestato la sussistenza della giurisdizione inglese deve ponderare con particolare attenzione le difese da proporre. Ciò al fine di evitare che il contegno tenuto in tale sede possa essere considerato come un'accettazione tacita della giurisdizione. In particolare, il convenuto che contesta la sussistenza della *potestas iudicandi* del giudice inglese sarà normalmente indotto a non presentare difese nel merito, onde evitare che tale strategia processuale possa essere considerata indice di un'accettazione tacita della giurisdizione della corte adita<sup>19</sup>.

Un subprocedimento di tal fatta si aprì anche nel caso Gambazzi, in quanto avverso la pronuncia della *High court* venne interposto appello. In particolare, alla *Court of appeal* furono sottoposti tre quesiti e, segnatamente:

- "(1) *What is the correct standard of proof to apply to the question whether a defendant is domiciled in England on an application under Ord. 12 r. 8 involving issues arising under Article 6?*  
 (2) *What is the correct date for determining whether or not a defendant is domiciled in England for the purpose of determining whether the court has jurisdiction under Article 6?*  
 (3) *Should Article 6 on its true construction require the defendant domiciled within England to have been served prior to issue or service of the proceedings against defendants in other contracting States?*".

Ossia:

- (1) quando può dirsi soddisfatto l'onere della prova concernente la sussistenza del domicilio del convenuto in Inghilterra? A tal proposito, è sufficiente aver dimostrato di avere un *good arguable case on the merit* oppure occorre un test più rigoroso?  
 (2) quando il processo inglese può considerarsi pendente ai sensi dell'art. 6 della Convenzione Lugano?  
 (3) l'art. 6 della Convenzione di Lugano esige che la notifica del *writ* al convenuto domiciliato in Inghilterra debba precedere l'emissione o la notifica del *writ* agli altri convenuti non domiciliati?

<sup>19</sup> Cfr. il punto 9 del parere del prof. Briggs: *infra*, sezione terza, cap. II.

La *Court of appeal* rispose in senso positivo alla prima questione affermando, in base ad una valutazione concorde di tutti e tre i giudici, che:

"*good arguable case is the appropriate standard of proof to apply to the question whether a defendant is domiciled in England*".

In riferimento alla seconda questione i giudici della *Court of appeal* – sia pure a maggioranza – (favorevoli *Lord Justice Nourse* e *Lord Justice Waller*, ma non anche *Lord Justice Pill*) ribadirono che il giudice inglese può considerarsi adito (*sued*) con l'emissione del *writ* e, dunque, è in tale momento che almeno un convenuto deve essere domiciliato in Gran Bretagna affinché possa reputarsi sussistente la giurisdizione inglese.

Così, ad avviso di *Lord Justice Waller* e di *Lord Justice Nourse*:

"*the correct date for determining whether or not a defendant is domiciled in England for the purpose of determining whether the court has jurisdiction under Article 6, is the date of issue of the proceedings against the defendant domiciled in England*".

Invero, come puntualizzato da *Lord Justice Waller*, una diversa soluzione mirante a valutare la sussistenza della giurisdizione inglese ai sensi dell'art. 6 della Convenzione di Lugano in maniera per c.d. differenziata, ossia facendo riferimento, volta per volta, alla data del ricevimento della notifica dell'atto introduttivo da parte di ciascun convenuto valutando, caso per caso, se in quel momento il *principal defendant* ossia il sig. Stolzenberg fosse ancora domiciliato in Inghilterra avrebbe presentato delicati inconvenienti. Infatti:

"*If again one assumes a multiplicity of defendants a domicile in England at the date of issue and some defendants served before the change in domicile, and if one then assumes a change of domicile and service on others; assume again the defendants first served wish to fight the proceedings in England and not in the place of the new domicile, but the other defendants want either the places of their own domicile or the courts of the new domicile. How does the court resolve the problem? If one point in time is appropriate in multiple defendant cases that point has to be issue if grave uncertainty and possible frustration of the objectives of the Convention is to be avoided*".

Minoritaria era rimasta la lettura garantista di *Lord Justice Pill*, il quale suggeriva di utilizzare, come referente temporale per la va-

lutazione della sussistenza del domicilio del convenuto principale in Inghilterra, il momento della notifica dell'atto introduttivo del giudizio piuttosto che quello della instaurazione del processo.

Egli osservava, difatti, che:

*"A defendant is sued in the courts of England upon service and not mere issue. The writ being a writ of summons, I have no difficulty with that use of language quite apart from the considerations (1) to (6) set out by Bingham LJ in Dresser. Consideration (7) was that upon mere issue of proceedings 'the defendant has not become subject to the jurisdiction of the court' which is consistent with his not being 'sued'. The European Court of Justice held in Kalfelis that Article 6 is to be interpreted restrictively insofar as it constitutes a derogation from the principle stated in Article 2. That restrictive interpretation requires, in context, that a defendant cannot be sued out of the country of his domicile by virtue of the issue of a writ in the country of another defendant's domicile. While conceptually possible, it would also be an odd result if a defendant is held to be 'sued' in England by virtue of Article 6 without the English court being 'seised' of the action under Articles 21 to 23".*

Lord Justice Pill non ignorava che una siffatta lettura avrebbe potuto dare luogo ad un contegno abusivo da parte del *principal defendant*, il quale avrebbe potuto mutare il proprio domicilio per sfuggire alla giurisdizione inglese nel lasso di tempo intercorrente tra momento della proposizione della domanda giudiziale e quello della sua notificazione. Tuttavia – egli affermava – in una situazione quale quella sottoposta all'attenzione della *Court of appeal*, in cui risultavano essere convenuti in giudizio una pluralità di *defendants* privi di legame concreto con il foro inglese, in applicazione della regola per cui nel sistema della Convenzione di Lugano le deroghe al foro generale, ossia quello del domicilio di ciascun convenuto, hanno carattere eccezionale, il legame del *principal defendant* con il foro inglese avrebbe dovuto essere quantomeno valutato utilizzando come referente temporale il momento della notifica ai convenuti del *writ*, *i.e.* il momento in cui tutti i convenuti avevano acquisito conoscenza della pendenza del giudizio. Così:

*"in a situation such as the present, in which there is more than one potential defendant, a plaintiff may minimize the risk to him of a change of domicile between issue and service by an appropriate selection of forum. A result which, as in the present case, would involve defendants*

*coming to England, a country with which they have no connection, to defend a claim in which no English defendant had been served would defeat the purpose of Article 2".*

Infine, i giudici della *Court of appeal* (Lord Justice Waller e Lord Justice Nourse. Lord Justice Pill non aveva invece esaminato la questione, poiché aveva risolto il secondo quesito nel senso della insussistenza della giurisdizione inglese) diedero risposta negativa anche al terzo ed ultimo quesito concernente il momento in cui il *writ* avrebbe dovuto essere notificato al convenuto domiciliato in Gran Bretagna.

Riprendendo le parole di Lord Justice Waller, la soluzione fu nel senso che:

*"Article 6 does not require service on the defendant domiciled in England prior to issue or service of the proceedings against other defendants".*

All'emanazione del provvedimento della *Court of appeal* fece seguito una *application to adduce fresh evidence* depositata presso la medesima *Court of appeal*, ma dalla stessa rigettata con decisione del 6 maggio 1998. L'*application* era finalizzata a dimostrare che il sig. Stolzenberg era in realtà domiciliato a Darmstadt in Germania. Segnatamente, ci si voleva avvalere di talune risultanze del processo tedesco che non erano disponibili al momento della prima decisione del giudice *Rattee*. La richiesta, tuttavia, venne rigettata, sebbene la Corte avesse riconosciuto che la questione della sussistenza del domicilio del sig. Stolzenberg a Londra non sarebbe stata più discussa al dibattimento in base alla considerazione per cui le attrici avevano dimostrato che il *principal defendant* era domiciliato a Londra e irrilevante, a tal fine, sarebbe stata la eventuale dimostrazione di un secondo domicilio in Germania. Tale possibilità, come si vide ammessa dall'ordinamento anglosassone<sup>20</sup>, non avrebbe per ciò solo fatto venir meno la giurisdizione inglese.

<sup>20</sup> Purtroppo a questa discrasia sussistente tra le legislazioni nazionali dei singoli Stati membri circa la possibilità di avere una duplicità di domicili, già evidenziata dal Report di Hess-Prussia-Scotlondina, non è stato posto rimedio in sede di Regolamento n. 1215/2012, né la questione è mai stata fatta oggetto di un rinvio pregiudiziale interpretativo, in modo da conoscere la posizione della Corte di giustizia.

La questione concernente la giurisdizione, in ultimo, è stata definitivamente decisa dalla *House of Lords* con provvedimento del 12 ottobre 2000<sup>21</sup>, *i.e.* in un momento successivo rispetto alla pronuncia del *debarment* e, quindi, del *judgment without trial after striking out* nei confronti dell'avv. Gambazzi, ambedue del 1998.

La *House of Lords* si è concentrata *in primis* sull'individuazione del momento determinativo della pendenza della lite (questione denominata, per l'appunto, «*the major question*»).

Soltanto *Lord Steyn* si è soffermato un poco di più, sebbene esaminandolo da ultimo, sul quesito concernente la sufficienza, con riferimento alla verifica della sussistenza della giurisdizione ai sensi dell'art. 6 della Convenzione di Lugano, del «*good arguable case*» test (il quale, più che esigere la sussistenza di un effettivo legame con il foro da parte di almeno uno dei convenuti si focalizza(va) sulla comparazione tra le ragioni addotte dalle contrapposte parti del processo). In particolare, *Lord Steyn* ha aderito alla ricostruzione fornita dai giudici dei precedenti gradi di giudizio<sup>22</sup>, essenzialmente sulla base di ragioni di economia processuale, ossia il dilatarsi dei tempi e dei costi del processo inglese.

Egli ha infatti affermato che:

*"The question is whether in the context of Article 6 the more stringent test of a balance of probabilities should apply. The adoption of such a test would sometimes require the trial of an issue or at least cross examination of deponents to affidavits. It would involve great expense and delay. While it is true that the jurisdictional issues under the Conventions are very important, they ought generally to be decided with due despatch without hearing oral evidence"*.

Ciò anche se, nel caso di specie, lo si ribadisce con fermezza, verosimilmente sarebbe stato opportuno prestare attenzione, più che ai costi e alla durata del processo inglese, all'effettiva sussistenza di un collegamento con il foro del *principal defendant*, considerato che, per effetto della *vis attractiva*, gli altri convenuti sa-

<sup>21</sup> La pronuncia della *House of Lords* del 12 ottobre 2000 è stata pubblicata in *Int'l L.J.*, 2002, 70 con nota di CRIVINONI, *Pendenza della lite davanti al giudice inglese ai fini degli artt. 2 e 6, n. 1, conv. di Lugano del 1988*.

<sup>22</sup> Conf. *House of Lords, Saconcar Far East Ltd v. Bank Markazi Jomhuri Islami Iran*, [1994] 1 A.C. 438.

rebbero stati, per ciò solo, sottratti al loro giudice naturale per essere attratti per c.d. dal sistema processuale inglese<sup>23</sup>.

Con riferimento alla *major question*<sup>24</sup>, *Lord Steyn* ha avuto cura di precisare che la questione doveva essere distinta da quella concernente il momento determinativo della litispendenza nell'ipotesi di contemporanea pendenza della stessa causa dinanzi a due distinte giurisdizioni, parti della Convenzione di Lugano<sup>25</sup>. Ove si fosse presentato questo secondo caso, si sarebbero dovute tenere in considerazione le pronunce della Corte di giustizia relative alla "gemella" Convenzione di Bruxelles del 1968<sup>26</sup>. Nella fattispecie in questione, invece, la questione rimaneva regolata dalla *lex fori*.

Ciò premesso, la *questio* è stata risolta in modo conforme rispetto a quanto stabilito dalla *Court of appeal*, in quanto – come fatto notare da *Lord Steyn* – se si fosse attribuito rilievo alla data di notifica dell'atto introduttivo del giudizio per determinare il momento di inizio della pendenza della lite, si sarebbe consentito al convenuto, con un contegno a dir poco "malizioso", di impedi-

<sup>23</sup> Lo nota anche LOOK CHAN HO, *Pragmatism rules*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2001, 632 ss., secondo cui «*One objection to this ruling might be that since Article 6(1) brings in foreign defendants who would not otherwise be subject to English jurisdiction, and the issue of domicile which founds the court's jurisdiction will not be examined again at trial, this jurisdictional issue ought to be treated with more scrutiny by the court. Article 6(1) should be interpreted restrictively, according to the ECJ's decision in Kalfelis v. Schroders*».

<sup>24</sup> È opportuno, a tal fine, segnalare che le CPR del 1999 hanno ridisegnato la fase introduttiva del processo inglese, mutando lo scenario rispetto a quello sussistente al momento in cui si è svolta la vicenda Stolzenberg-Gambazzi. Attualmente il processo si introduce mediante la *claim form* e, secondo quanto stabilito dalla CPR 7.2, non vi è dubbio che il giudizio inglese possa considerarsi pendente nel momento in cui la cancelleria del giudice adito appone la data di registrazione (*issue*) sulla *claim form* emessa dal giudice su richiesta dell'attore. Conf., *ex multis*, ANDREWS, *On Civil Procedure*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, 68 e, da noi, FRASSINETTI, *La notificazione nel processo civile*, Milano, 2012, 257 e PASSANANTE, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1353 ss.

<sup>25</sup> Lo avevano già notato OSNIBONI, *Pendenza della lite*, cit., 70 ss. e DETTRICH, *Litispendenza comunitaria e momento di perfezionamento della notificazione nella Conv. Bruxelles*, in *Int'l L.J.*, 2004, 137 ss.

<sup>26</sup> Il riferimento, *in primis*, è a Corte giust., 7 giugno 1984, causa C-129/83, *Zelger c. Sallouiri* (ECLI:EU:C:1984:215), in *Foro pad.*, 1985, I, 146.

re il perfezionamento del procedimento di notifica<sup>27</sup>. Proprio un tale contegno veniva imputato al sig. Stolzenberg.

Parimenti gravoso – si è ritenuto – sarebbe stato esigere il

<sup>27</sup> Con generale riferimento alle modalità di comunicazione dell'atto introduttivo del giudizio (a prescindere dalle peculiarità del caso in esame) pare interessante segnalare che la *High Court* inglese, conformandosi alla prassi invalsa in altri ordinamenti di *common law* quali l'Australia o la Nuova Zelanda, ha recentemente considerato *twitter* e *Facebook* delle valide modalità tramite cui comunicare al destinatario l'atto introduttivo del processo, con esclusivo riferimento a fattispecie in cui, per mancanza di idonei dati, era impossibile effettuare la notifica a mani o a mezzo *mail*. Dapprima, nel 2009, nel caso *Blaney v. Persons Unknown* (*Blaney's Blarney* <http://donalblaney.blogspot.com/2009/10/donal-blaney-v-persons-unknown.html>) la *High Court* ha autorizzato l'attore a notificare un'ingiunzione via *twitter*, mediante invio di un messaggio contenente il *link* all'ingiunzione, dopo aver constatato che non era possibile effettuare la comunicazione con le modalità tradizionali. Nel caso di specie, infatti, l'identità del convenuto era sconosciuta e costui era stato citato in giudizio proprio perché impersonava indebitamente l'attore su *twitter*. Dopodiché, nel 2013, nella causa *AKO Capital LLP v. Ako Master Fund Ltd v TFS Derivatives & Others*, la *High Court* ha autorizzato la notifica di un atto introduttivo del giudizio via *Facebook* dopo aver constatato che vi erano delle difficoltà nell'individuare l'indirizzo del luogo di residenza o di domicilio di una della controparti di una controversia commerciale, segnatamente quella del sig. Fabio de Biase, ex dipendente della società TFS. Tale soggetto risultava, invece, titolare di un account su *Facebook*. Inoltre, l'account risultava essere attivo, ossia utilizzato dal titolare, come dimostrato dalla circostanza per cui vi erano stati recenti "accettazioni di amicizia". Sul fenomeno del *social media* quale domicilio virtuale presso cui effettuare le notifiche degli atti giudiziari: v. BACROWSON, *Served Without Ever Leaving the Computer. Service of Process via Social Media*, in *Texas Bar Journal*, 2010, 180 ss.; KSAFF, *Service of process/socialmedia: Accepting Social Media for Service of process in the 21st Century*, in *Louisiana Law Review*, 2014, 547 ss.; SALLIB, *Coming soon: service via Facebook?*, in *C.J.Q.*, 2009, 297 ss.; TABB, *Facebook Notification-You've been Served: Why Social Media Service of Process May Soon be a Virtual Reality*, in *Phoenix Law Review*, 2014, 37 ss.

Alcune corti statunitensi, peraltro, hanno recentemente utilizzato la notifica via *Facebook* nei confronti di convenuti domiciliati all'estero (nel caso di specie in *Turchia*), in applicazione della Convenzione dell'Aja del 15 novembre 1965 sulle notifiche in forza della considerazione per cui «*Turkey has not specifically objected to service by email or social media networking sites which are not explicitly listed as means of service under Article 10*» (secondo cui la convenzione «non è di ostacolo, salvo se lo Stato di destinazione dichiara di opporvisi: a) alla facoltà di indirizzare direttamente, tramite la posta, atti giudiziari alle persone che si trovano all'estero; b) alla facoltà, per gli ufficiali ministeriali, i funzionari o le altre persone competenti dello Stato di origine, di far procedere a notificazioni o comunicazioni di atti giudiziari direttamente tramite ufficiali ministeriali, funzionari o altre persone competenti dello Stato di destinazione; c) alla facoltà, per ogni persona interessata ad un procedimento giudiziario, di far procedere a notificazioni o comunicazioni di atti giudiziari direttamente tramite gli ufficiali ministeriali, funzionari o altre persone competenti dello Stato di destinazione»); *State Court for the eastern District of Virginia*, 20 febbraio 2014, *Wholarr, Inc. v. Gorham Orun*.

controllo, da parte delle attrici, della effettiva sussistenza nel foro del domicilio del *principal defendant* prima di notificare l'atto.

Ha affermato, in proposito, *Lord Steyn*:

*"It also seems right to consider on a broader basis the balance of merits and demerits of the two interpretations. A relevant practical consideration is that the date of initiation of the proceedings represents the last opportunity for the plaintiff to check the facts and examine the law on which the claim is based. There is, however, force in the argument that a date of issue rule causes substantial inconvenience to a defendant who bona fide changes his domicile after commencement of the proceedings. But this factor is outweighed by the consideration that date of service of process as the operative date will enable some defendants to evade the service of process when they become aware of the incipient proceedings. This risk is particularly significant in a claim against a multiplicity of defendants. The present case is a good example of such evasion of service by a change of domicile"*.

Anche *Lord Hoffmann* ha avuto l'impressione che il sig. Stolzenberg avesse alienato il suo immobile londinese al mero scopo di sottrarsi alla giurisdizione inglese:

*"Meanwhile Mr. Stolzenberg got wind of the proceedings. He was the subject of a B.B.C. investigative programme in February 1996. He sold his house in August 1996 and moved to another house nearby. 11 March 1997 was the day for service. But Mr. Stolzenberg could not be found. On the following day he caught the Eurostar to Germany. He abandoned his English domicile"*.

Conseguentemente, egli si è domandato:

*"Who should take the risk of the defendant changing his domicile between the issue and service of the writ? Is it the plaintiff, who may have sought legal advice and incurred expense in launching proceedings in what was then the defendant's domicile? Or is it the defendant, who may find himself having to defend himself in a jurisdiction which he has already left? It is the plaintiff who will rely upon the defendant's apparent domicile in deciding whether to sue. He may, in so doing, incur very considerable expense, especially if there are, as in this case, heavy interlocutory proceedings before or together with the commencement of the action. It seems to me no answer to say that provisional measures ordered in England will continue to be effective even if the merits have to be tried elsewhere. The plaintiff will have made England the centre of gravity of his action. The English lawyers will be in general charge of the proceedings and the documents will be in English. It will be a considerable expense to have the whole action moved elsewhere."*



*The defendant, on the other hand, will not ordinarily have relied upon not being sued in England. Or if he has, it will be because he has deliberately left the jurisdiction to avoid being sued here. This is hardly deserving of sympathy. If he has left for a better reason and finds himself having to defend proceedings which were issued before he left, that may admittedly be a misfortune. But he will have incurred no wasted expense in another jurisdiction and England will be a country in which he was recently domiciled and with which he may be assumed to be familiar".*

La sua conclusione è stata nel senso che:

*"the balance of advantage is in favour of adhering to the traditional English rule. On this point I agree with the majority in the Court of Appeal. On the remaining questions which were raised by the appeal, I agree with my noble and learned friend Lord Steyn and have nothing to add. I would therefore dismiss the appeal".*

Su posizioni analoghe si sono posti *Lord Cooke of Thorndon*, *Lord Hope of Craighead* e *Lord Hobhouse of Woodborough*.

Pertanto, la *House of Lords* ha ritenuto che fosse preferibile valorizzare il momento del primo contatto delle parti attrici con il giudice, consistente nell'emanazione e nella registrazione del writ, trattandosi di un dato certo, idoneo a far considerare la causa pendente<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Condivide questa soluzione *LOOK CHIAN HO*, *Pragmatism rules*, cit., 632 ss.

## CAPITOLO II LA MAREVA INJUNCTION E IL DISCLOSURE ORDER NEI CONFRONTI DELL'AVV. GAMBAZZI di Elena D'Alessandro

SOMMARIO: 1. La Mareva injunction. - 2. Il disclosure order.

### 1. La Mareva injunction

Prima che l'atto introduttivo del giudizio di merito inglese fosse stato notificato ai convenuti (il che sarebbe accaduto solo nella primavera del 1997), avv. Gambazzi incluso, le società attrici *Daimler Chrysler* e *CIBC Mellon Trust* avevano presentato dinanzi alla *High Court* di Londra<sup>1</sup> una istanza per ottenere l'emanazione di quella che all'epoca era denominata *Mareva injunction* (attualmente rinominata, dalle *Civil Procedure Rules*, *freezing injunction*<sup>2</sup>).

Si tratta di uno strumento cautelare *in personam*, a sorpresa, emesso *inaudita altera parte* (*without notice*<sup>3</sup>). Esso costituisce

<sup>1</sup> In linea di principio, infatti, le *county courts* non hanno competenza per la pronuncia di siffatta tipologia di *injunctions*: cfr. *Saunders*, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 16 Ed., Oxford, 2013, 473.

<sup>2</sup> La denominazione *Mareva injunction* trae origine dal primo caso in cui siffatta tipologia di provvedimento fu emanata ad opera di *Lord Denning* ossia la vicenda *Mareva Compania Naviera SA v. International Bulkcarriers SA* [1980] 1 All ER 213, a cui commentò v. *HOYLE*, *The Mareva Injunction and related orders*, London, 1985, spec. 23 ss.

L'istituto, infatti, è stato «largely created by judges out of a need to protect the interests of a claimant pre-judgment»: in questi termini *M<sup>c</sup>GRATH*, *The freezing order: a constantly evolving jurisdiction*, in *C.J.Q.*, 2012, 12 ss.

Sulla *Mareva injunction* si vedano, in dottrina, fin da ora (in aggiunta agli Autori che saranno in seguito indicati) *COLLINS*, *The Territorial Reach of Mareva Injunctions*, in *C.J.Q.*, 1989, 263 ss.; *DE CRISTOFARO*, *Il retrospettivo congelamento di un'equity «antiquaria» e l'unanimità di Mareva injunctions da parte delle Corti statunitensi*, in *Int'l Lix*, 2002, 26 ss.; *GEE-ANDREWS*, *Mareva Injunctions: Law and Practice*, London, 1985, spec. 38 ss.; *GEE*, *Commercial Injunctions*, 5 Ed., London, 2004, spec. 77 ss.; *SANDRINI*, *Tutela cautelare in funzione di giudizi esteri*, Padova, 2012, 48 ss.

<sup>3</sup> V. *Saunders*, *A Practical Approach to Civil Procedure*, cit., 474 ss. ed *ANDREWS*, *Civil Processes*. Vol. 1, *On Court Proceedings*, London, 2013, 592 il quale, riferendosi ai *freezing orders*, afferma che «the order is made without first notifying the respondent ("without notice or ex parte"); its essence is a surprise procedural strike».

uno dei motivi di attrattività del foro inglese<sup>4</sup>.

La *Mareva injunction* (oggi: *freezing injunction*), segnatamente, è un provvedimento *in personam* che colpisce "a sorpresa" il debitore – nel senso che «*the initial application is invariably made without notice*»<sup>5</sup> – quando sussiste un *risk of assets dissipation* (i.e. quando vi sia un reale rischio che l'eventuale decisione di merito favorevole al creditore possa risultare frustrata dalla sopravvenuta incapienza del patrimonio del debitore), «congelandone la facoltà di disposizione dei beni in pregiudizio dei creditori»<sup>6</sup>. In genere, si vieta al debitore di disporre del proprio patrimonio per un valore corrispondente a quello della controversia<sup>7</sup>. Per contro, la

Sia ANDREWS che SOME precisano altresì che, essendo il provvedimento cautelare pronunciato *inaudi altera parte* per non pregiudicare l'effetto sorpresa, la tutela del destinatario assente è controbilanciata dalla valutanda buona fede dell'istante e della sussistenza dell'obbligo, gravante in capo a costui, di rendere noti, sia pure mediante affidavit, tutti i fatti rilevanti ai fini del procedimento cautelare, inclusi quelli che militano contro la concessione dell'*injunction*. Analoghi rilievi in ZUCKERMAN, *Zuckerman on Civil Procedure*, London, 2013, 502 ss., il quale puntualizza che, in aggiunta a questo rimedio per c.d. preventivo, è sempre prevista la possibilità, per colui che subisce la misura cautelare, di agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni patiti (ivi, 506 ss.: «*A defendant who has suffered loss as a result of a freezing injunction may apply for compensation under the claimant's undertaking in damages. The court has discretion whether or not to enforce the undertaking and as regards the level of compensation*»).

Sulle *freezing injunctions* v. altresì DICKEY-MORRIS-COLLINS, *The Conflict of Laws*, Volume 1, London, 2012, 257 ss.; HOYLE-WALSH, *Freezing and Search Orders*, 4 Ed., London, 2006, spec. 31 ss. Anche questi Autori hanno cura di sottolineare la circostanza per cui, in genere, la valenza delle *freezing injunctions* è limitata al territorio inglese e, solo in casi eccezionali, essa può estendersi oltre confine (*Worldwide Freezing Injunctions* su cui v. *infra*).

<sup>4</sup> In arg. cfr., nell'ambito della dottrina italiana, PASSANANTE, *Processo civile inglese*, Enc. dir., Annali III, Milano, 2010, 960 ss. Del resto, è proprio a motivo della forte attrattività delle *freezing injunctions* che il Regno Unito ha deciso di non partecipare all'adozione del regolamento 15 maggio 2014 n. 655 sul sequestro conservativo di conti correnti bancari.

<sup>5</sup> BEAN, *Injunctions*, 8 Ed., London, 2004, 103.

<sup>6</sup> Tratteggia la distinzione tra provvedimenti cautelari *in rem* ed *in personam*, facendo particolare attenzione all'istituto della *Mareva injunction*, MIRALIS, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, in Riv. dir. proc., 2002, 759 ss., spec. 773; DE CRISTOFARO, *Il retrospettivo congelamento di un'equity "antiquaria" e l'inammissibilità di Mareva injunctions da parte delle Corti statunitensi*, cit., 26 ss.; MCGRAE, *The freezing order: a constantly evolving jurisdiction*, cit. 12 ss.

<sup>7</sup> SOME, *A Practical Approach to Civil Procedure*, cit., 474. V. altresì BEAN, *Injunctions*, cit., spec. 102: «*where a claimant can show a good arguable claim to be entitled to money from a defendant and there is a real risk that the defendant will remove as-*

misura non crea alcun vincolo su determinati beni del debitore in favore del creditore che la ottiene.

La *injunction* tendenzialmente riguarda cespiti ubicati nel Regno Unito e, in caso di inottemperanza, determina sanzioni significative per il destinatario, come vedremo a breve. Non a caso la Corte Suprema americana ha denominato le *Mareva injunctions* «*nuclear weapons of the law*»<sup>8</sup>.

Segnatamente, affinché una *Mareva injunction* possa essere pronunciata dal giudice inglese è necessario che:

- a) esista una *cause of action* suscettibile di essere decisa nel Regno Unito. Ciò in quanto siffatte *injunctions*, come ogni altro tipo di *injunction*, dipendono strettamente dall'esistenza di una *substantive cause of action* suscettibile di essere attivata dinanzi al giudice inglese;
- b) il destinatario della *injunction* (in genere colui che sarà parte di un giudizio di merito dinanzi al giudice inglese<sup>9</sup>) abbia, nel proprio patrimonio, beni collocati all'interno della giurisdizione inglese («*a claim justiciable in England and Wales*»).

In casi eccezionali l'*injunction* può essere rilasciata in riferimento a cespiti ubicati fuori della giurisdizione inglese. In tale ipotesi, si verte in presenza di una c.d. *Worldwide Freezing Injunction*, pur sempre emessa a tutela di una *substantive cause of action* suscettibile di essere decisa dal giudice inglese<sup>10</sup>.

*sets from the jurisdiction, or deal with them so as to render them unavailable or untraceable, the Court may grant an injunction to restrain the defendant from removing them from the jurisdiction, or from dealing with assets/whether located within the jurisdiction or not».*

<sup>8</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti, 17 giugno 1999, *Grupo Mexicano de Desarrollo and others v. Alliance Bond Funds Inc. and others*, [www.law.cornell.edu/supct/html/98-231-ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/98-231-ZS.html).

<sup>9</sup> Talvolta, però, «*a non party can also be compelled to provide certain information if he has assisted, even innocently, another's wrongdoings*»: ANDREWS, *On Civil Processes*, Vol. 1, cit., 596.

<sup>10</sup> Ciò è possibile a partire dagli anni ottanta per effetto della *Section 37(1)* del *Supreme Court Act 1981* e della *CPR Part 25.1*: lo ricorda la *Queen's Bench Division, Commercial Court* nella decisione del 20 dicembre 2007 [2007] EWHC 3010 (Comm), *Mauri v. Consolidated Contractors International Co Sal*. Per delle applicazioni pratiche si vedano *Babunoff International v. Batsava*, [1989] 2 WLR 232; *Republic of Haiti v. Duvalier*, [1989] 2 WLR 261; *Derby & Co. v. Weldon (No. 1)*, [1989] 2 WLR 276.

nei casi in cui «*there is cogent evidence of international fraud*»<sup>11</sup>. Una siffatta tipologia di provvedimento è considerata *binding* per il suo destinatario, se soggetto alla giurisdizione anglosassone, anche se riguarda atti di disposizione di beni ubicati all'estero;

- e) sussista il rischio che il debitore si disfaccia di tali beni prima che la decisione finale sia «*enforced*»;
- d) si verta in presenza di un «*good arguable case*»<sup>12</sup>. L'espressione *de qua*, tuttavia, seppure formalmente identica a quella analizzata nel capitolo introduttivo, assume qui un significato diverso rispetto a quando si tratta di risolvere una questione concernente la giurisdizione. Là, lo si ricorderà, ad oggi l'enunciato sta a significare che l'attore deve mostrare di avere un «*much better argument*» rispetto al convenuto in relazione alla sussistenza della giurisdizione inglese. Qui, invece, l'istante deve dimostrare che «*there is a serious question to be tried*».

L'espressione «*good arguable case*», dunque, utilizzando le parole di Lord Justice Mustill «*means a case which is more than barely capable of serious argument, and yet not necessarily one which the judge believes to have a better than 50 per cent chances of success*»<sup>13</sup>.

L'onere di dimostrare l'esistenza dei requisiti di cui *supra* sub a)-d) grava su colui che domanda l'*injunction*.

Nella vicenda che ci occupa, il giudice Rimer, in accoglimento dell'istanza delle società attrici, evidentemente sul presupposto che fossero integrati tutti i requisiti poco più sopra indicati, nel giugno del 1996 emise (*inaudita altera parte*) una *Mareva injunc-*

Per ulteriori indicazioni sulle *Worldwide Freezing Injunctions* v., in luogo di molti, MUSTILL, *Worldwide Freezing Orders – the Daulourian Guidelines*, in *C.J.Q.*, 2007, 176 ss.; ROGERSON-COLLIER, *Collier's Conflict of Laws*, 4 Ed., Cambridge, 2013, 213 ss.

<sup>11</sup> SIMS, *A Practical Approach*, cit., 476.

<sup>12</sup> SIMS, *A Practical Approach*, cit., 474; ZUCKERMAN, *Zuckerman on Civil Procedure*, cit., 485 ss.

<sup>13</sup> Il riferimento è al caso *Ninemis Maritime Corporation v. Trave Schiffahrtsgesellschaft GmbH*, c.d. *The Niedersachsen* case [1983] 2 *Lloyd's Rep.* 600, 605.

*tion* con la quale faceva divieto, tra gli altri, all'avv. Gambazzi di disporre del proprio patrimonio<sup>14</sup>.

Successivamente, il 26 febbraio 1997 – lo si noti, sempre in data anteriore rispetto al momento in cui l'atto introduttivo del giudizio di merito venne notificato ai convenuti – su istanza delle società *Daimler Chrysler* e *CIBC Mellon Trust* il giudice Rimer emanò una nuova versione della *injunction* la quale consisteva, in un buona sostanza, in una conferma del provvedimento emesso *inaudita altera parte* a cui si aggiungevano, però, delle misure ancillari ossia dei «*disclosure orders of information and documents*» emessi nei confronti dei *defendants*.

Invero, in diritto processuale inglese è fisiologico che una *Mareva injunction* sia assistita da *ancillary remedies*, in *primis* da ordini di *disclosure of documents and information*<sup>15</sup>.

Il *disclosure order*, segnatamente, consiste in «*an interim mandatory injunction carrying the contempt sanction for non compliance*»<sup>16</sup> e solo la corte può ampliare il lasso di tempo assegnato per adempiervi.

Ebbene, solo a quella data, ossia l'11 marzo 1997, il provvedimento inibitorio ed i *disclosure orders* venivano notificati ai *defendants* (tra cui l'avv. Gambazzi). In data 25 e 26 marzo 1997 si svolgeva un *inter partes hearing* davanti al giudice Rimer, laddove i convenuti chiedevano la modifica degli *orders* sopra menzionati e, comunque, una dilazione di tempo per adempiervi. La dilazione veniva concessa con la conseguenza che, come si legge dal resoconto dell'udienza del 10 luglio 1998 (linee 18-21, pag. 3):

<sup>14</sup> Il dato risulta dal resoconto dell'udienza svoltasi davanti alla *High Court of Justice*, *Mr. Justice Rames*, 10 luglio 1998 (pag. 3, linee 5-7).

<sup>15</sup> Cfr. BEAN, *Injunctions*, cit., 110: «*such an order will be made to assist in locating and "freezing" the defendant's assets*». Si vedano altresì GEE, *Commercial Injunctions*, cit., 122; McGRATH, *op. cit.*, 12 ss, ed ANDREWS, *Civil Processes*, Vol. 1, cit., 596: «*A freezing injunction is nearly always supplemented by an asset disclosure order. This compels the respondent to disclose details of his assets in England (or, where appropriate, elsewhere). Such disclosed information, including information obtained during cross-examination of the respondent on his affidavit, can be used only for the purpose of the present asset freezing exercise*».

<sup>16</sup> BEAN, *Injunctions*, cit., 110; HOYLE, *The Mareva Injunction and Related Orders*, 3 Ed., London-Hong Kong, 1997, 131 ss.

"Mr. Justice Rimer's order made and confirmed on 26<sup>th</sup> February was again continued up until the 6<sup>th</sup> May 1997 without any opposition on the part of the CC defendants".

Allo scadere di tale dilazione, i destinatari della *Mareva injunction* e dei *disclosure orders* proponevano allora davanti alla *High Court* una *application challenging the whole basis of the court's jurisdiction in the action*, contestando la sussistenza della giurisdizione in capo al giudice adito.

In data 23 maggio 1997 l'*application* veniva rigettata con provvedimento del giudice *Rattee*, il quale reputava sussistente la giurisdizione inglese e confermava la *Mareva injunction* e, soprattutto, i *disclosure orders* emessi nei confronti dei vari *defendants*, tra cui l'avv. Gambazzi. Contestualmente egli fissava un nuovo termine per ottemperare a questi ultimi provvedimenti, individuandolo nel 18 luglio 1997.

Nel gennaio 1998 la *Chrysler* presentò al pretore di Lugano una istanza di riconoscimento e di concessione della dichiarazione di esecutività della *Mareva injunction* del maggio 1997: esecutività concessa con decisione del 24 febbraio 1998<sup>17</sup>.

## 2. Il *disclosure order*

Come anticipato, già dal febbraio del 1997 la *Mareva injunction* era stata integrata dal giudice *Rimer* con dei *disclosure orders* ossia dei provvedimenti finalizzati ad ottenere dei documenti utilizzabili nel contesto del futuro giudizio di merito. Con uno di

<sup>17</sup> Il provvedimento fu impugnato da Gambazzi con procedimento ancora pendente all'epoca dell'udienza del 13 ottobre 1998 innanzi al giudice *Rattee*. È a questo procedimento che si riferisce la difesa di Gambazzi quando chiede che la decisione sull'autorizzazione a favore dell'attore *to enter judgment* sia sospesa in attesa della decisione sulla *enforceability* della *Mareva injunction*: sul punto v. *infra*. L'esecuzione della *injunction* – come sarà chiarito nel proseguo del volume – ha avuto effetti indiretti sulla stessa possibilità del Gambazzi di difendersi il quale sembrerebbe non aver impugnato il *judgment* reso nei suoi confronti anche per scarsa liquidità, in ragione delle forti somme spese per il *jurisdiction's challenge* (550.000 sterline) e del blocco dei suoi beni, come risulterebbe dall'esame testimoniale di Dario Ceppi, amico e consigliere di Gambazzi, all'udienza del 16 gennaio 2002 innanzi al Tribunale d'Appello del Canton Ticino.

quei *disclosure orders*, in particolare, era stato ordinato all'avv. Gambazzi di rendere nota la propria situazione patrimoniale e di esibire determinati documenti, anch'essi rilevanti ai fini del procedimento principale.

L'avv. Gambazzi, giovandosi della proroga concessa dal giudice *Rattee*, nell'agosto del 1997 ossequiò il *disclosure order* con un primo *affidavit* con il quale comunicò le informazioni relative alle proprietà immobiliari, alle autovetture, alle partecipazioni azionarie, alle assicurazioni sulla vita, ai quadri. Egli si rifiutò, però, di fornire informazioni sui beneficiari e sui dettagli di una serie di conti correnti detenuti, a suo dire, in nome e per conto di clienti che non risultavano essere parti del procedimento inglese, né in alcun modo collegati al medesimo. Infatti, in diritto inglese è consentito che un *disclosure order* sia «*resisted on the grounds of self-incrimination*». Tuttavia, mentre un *risk of self incrimination* ai sensi della legge inglese costituisce sempre una valida ragione per non adempiere ad un *disclosure order* (c.d. *privilege against self-incrimination*) «*a risk of self incrimination under foreign law does not confer privilege from disclosure, but the court has a discretion to refuse or limit disclosure if there is such a risk*»<sup>18</sup>.

Solo dopo circa un anno, nei primi giorni del marzo 1998, le società attrici contestarono al Gambazzi il non pieno rispetto del *disclosure order* ancillare alla *Mareva injunction*.

In ragione di ciò, il 12 maggio 1998 furono concesse al Gambazzi ulteriori due settimane per adempiere, in maniera completa, al *disclosure order*.

Poiché – almeno ad avviso dell'*High Court* – allo scadere di quest'ultimo lasso di tempo, il sig. Gambazzi non si era conformato o comunque non si era conformato completamente agli obblighi indicati nel *disclosure order* a lui rivolto, la *High Court*, in persona del giudice *Rattee*, su istanza della *Daimler Chrysler* e della *CIBC Mellon Trust*, all'udienza del 10 luglio 1998 emetteva un ul-

<sup>18</sup> *Arab Monetary Fund v. Hashim* [1989] W. L. R. 565, V, altresì il noto caso *Servier*, [2013] EWCA Civ 1234, concernente *the French blocking Statute*. Invero, come è stato notato da Goss, *Commercial Injunctions*, cit., 250: «*the general rule in litigation is that the court can act only information or evidence which can be revealed to the defendants*».

teriore ordine giudiziale ancillare al *disclosure order*, il c.d. *unless order*.

L'avv. Gambazzi veniva avvertito del fatto che, in caso di mancata ottemperanza allo *unless order* nei successivi ventotto giorni, gli sarebbero state applicate ulteriori sanzioni processuali<sup>19</sup>. In particolare, lo si informava della circostanza per cui avrebbe potuto essere escluso dal giudizio.

Invero, davanti a *Mr. Justice Rafter* l'avv. Gambazzi aveva nuovamente tentato di eccepire che quanto richiesto dagli attori era estraneo all'originario ordine di *disclosure* e che un'ottemperanza totale lo avrebbe indotto ad una violazione della legge svizzera sulla riservatezza o, comunque, ad una violazione dei propri doveri deontologici<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Infatti, il destinatario di uno *unless order*, in caso di inadempimento, è suscettibile di *contempt of court* ed in taluni casi (come in quello di specie) può essere escluso dal processo: ANDREWS, *On Civil Processes*, Vol. 1, cit., 596; ZUCKERMAN, *How seriously should unless orders be taken?*, in *C.J.Q.*, 2008, 1 ss.; Id., *Zuckerman on Civil Procedure*, London, 2013, 597 ss., nonché *Sims, A Practical Approach to Civil Procedure*, cit., 408-409.

<sup>20</sup> Giova sottolineare, che è opinione comune quella secondo cui il diritto al giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo che la Gran Bretagna ha recepito quale propria legge nazionale con lo *Human Rights Act* (cui addè, attualmente, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) non possa essere invocato per sottrarsi all'ordine di esibire prove documentali. Lo nota ZUCKERMAN, *Rolling Back the Privilege against Self-incrimination from Documentary Disclosure*, in *C.J.Q.*, 2006, 427 ss., spec. 431-432: «However, for the reasons outlined above there is now an overwhelming case for the removal of the privilege from the process of documentary disclosure. Indeed, such removal would bring English law into line with ECtHR jurisprudence. The right to fair trial under ECHR Art.6 cannot be invoked to justify a refusal to hand over documentary evidence. The ECtHR has held that the privilege against self-incrimination is concerned to protect persons from being convicted of crime on the basis of their own compelled testimony, but does not apply "to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, *inter alia*, documents required pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples ..." (*Saunders v. UK* (1997) 23 EHRR 313 at para. 68, 337 at 67. See also *R. (on the application of Green Environmental Industries Ltd) v. Hertfordshire County Council* [2000] 2 A. C. 412 at 422, [2001] 1 All E.R. 773 at 781; *Re A-G Reference (No 7 of 2000)* [2001] EWCA Crim 888; [2001] 2 Cr. App. Rep. 19)».

Nel senso che le corti inglesi, nello stabilire se applicare la sanzione *de qua*, devono porre particolare attenzione alla circostanza che, mediante la sua applicazione di fatto privano il destinatario del diritto al giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (nonché, ad oggi, di cui all'art. 47 della Carta

La *High Court*, tuttavia, con riferimento a questo aspetto, reputò maggiormente persuasiva la ricostruzione delle società attrici secondo cui il mancato adempimento al *disclosure order*, in ogni caso, riguardava anche documenti che nulla avevano a che vedere con la tutela della riservatezza dei clienti svizzeri e qualificò quella dell'avv. Gambazzi come «one of the excuses given by the CC defendants».

Segnatamente, *Mr. Justice Rafter* ebbe a ritenere che:

«It is clear from the expert evidence that has now been placed before the court as to Swiss law that even information relating to funds held by a lawyer as a lawyer can be revealed without any breach of Swiss law, if consent to the revelation is obtained from what is called "a supervising authority". There is no evidence, or indeed even suggestion on behalf of Mr. Gambazzi that he sought the consent of the supervising authority to his complying with orders made against him by the English Court and there is no evidence as to whether such a consent would be likely to be forthcoming, if applied for».

Dunque, *Mr. Justice Rafter* si convinse che le parti attrici avessero dimostrato che vi era stato inadempimento al *disclosure order* anche in riferimento ad altri aspetti che nulla avevano a che fare con la violazione della normativa svizzera sulla riservatezza.

Un ulteriore elemento che giocò a favore delle società istanti è la constatazione per cui l'avv. Gambazzi aveva proposto la richiesta di annullamento del *disclosure order* emesso dal giudice *Rimer* solo nel giugno del 1998, dopo avervi parzialmente adempiuto nell'agosto 1997.

Ad avviso dell'avv. Gambazzi il ritardo era dovuto alla circostanza per cui solo nel marzo 1998 le società attrici gli avrebbero contestato il non pieno rispetto del *disclosure order*, come risulta dalle linee 16-22 del resoconto dell'udienza del 10 luglio 1998, ove si legge che:

«Mr. Gambazzi says that he had thought that the plaintiffs were satisfied with the compliance with the CC defendants had made so far, because, he says, between August 1997, when he made such compliance as he has made with the orders, and March 1998, the plaintiffs did not suggest that they were concerned to obtain further compliance».

dei diritti fondamentali dell'Unione europea, avente la stessa valenza vincolante dei trattati); *Woodhouse v. Consigna*, [2002] 1 WLR 2558.

Viceversa, il giudice *Rattee* ebbe l'impressione di trovarsi in presenza di un atteggiamento volutamente dilatorio. Tant'è che egli contestò anche un'ulteriore giustificazione addotta dall'avv. Gambazzi a proposito del ritardo con cui si era mosso, consistente nel consiglio, ricevuto dai legali di fiducia, di non proporre tale domanda in pendenza dell'*appeal* avverso la decisione con cui lo stesso giudice *Rattee* si era rifiutato di chiudere in rito la procedura per carenza della giurisdizione inglese.

La circostanza risulta dal resoconto dell'udienza del 10 luglio 1998, pag. 6, linee 23-25:

"A further explanation or excuse given by the CC defendants for not making an earlier application to vary or discharge Mr. Justice's Rimer order, notwithstanding that they were not, they say, able or willing to comply with it in full, is that their previous solicitors had advised them not to make such an application while an appeal against my dismissal of their application to set aside the proceedings on the basis that the court had no jurisdiction was pending".

L'argomento, ad avviso del giudice *Rattee*, risultava inconcludente in quanto, se è vero che al momento in cui era stata presentata la domanda per l'annullamento della *Mareva injunction* la *Court of appeal* aveva effettivamente rifiutato di concedere il *leave*, era parimenti vero che, a quel momento

"the CC defendants have ... presented petition to the House of Lords for leave to appeal, that petition being pending at the present time"<sup>21</sup>.

Inoltre, proseguiva il giudice *Rattee*, l'avv. Gambazzi aveva, all'epoca,

"eminent England solicitors and counsel appearing for him throughout the relevant period, and indeed those solicitors and counsel recognised at the hearing before me on 2<sup>nd</sup> may 1997 that, if there was to be an application to discharge the Mareva, then it must be made promptly"<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Resoconto di udienza del 10 luglio 1998, pag. 7, linee 10-12.

<sup>22</sup> *Ivi*, pag. 8, linee 3-5.

### CAPITOLO III

## IL JUDGMENT WITHOUT TRIAL AFTER STRIKING OUT

di Elena Benigni

SOMMARIO: 1. I poteri di *case management* del giudice inglese. - 2. L'*unless order* e la sanzione del *debarment from defending*. - 3. Il *judgment without trial after striking out*. - 4. La compatibilità del *debarment from defending* e del successivo *judgment after striking out without trial* con il diritto al giusto processo.

### 1. I poteri di *case management* del giudice inglese

La comprensione delle conseguenze del mancato adempimento da parte di Gambazzi e altri convenuti del *disclosure order* e soprattutto degli *unless orders* ad esso ancillari impone di soffermarsi sulla funzione e la portata dei poteri di *case management* riconosciuti al giudice inglese dalle *CPR (Civil Procedure Rules)* introdotte nel 1999. Il processo inglese, così come disegnato dalla *Woolf Reform*<sup>1</sup>, persegue lo scopo principale - *overriding objective* - di permettere al giudice di trattare le cause secondo giustizia<sup>2</sup>; ciò, per quanto possibile, deve avvenire assicurando che le parti siano in posizione di parità; riducendo le spese<sup>3</sup>; trattando la causa in modo proporzionato al suo valore, alla sua importanza, alla complessità delle questioni esaminate e alla posizione economica di ciascuna parte<sup>4</sup>; garantendo che

<sup>1</sup> Sulle ragioni che hanno originato la riforma v. ZUCKERMAN, *Lord Woolf's access to justice: plus ça change ...*, in *Modern Law Review*, 1996, 59, 773.

<sup>2</sup> CARO, *La riforma del processo civile in Inghilterra*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 511 ss., spec. 515 evidenzia che l'elemento di novità della *CPR 1.1* consiste proprio nell'aver elevato a legge il principio per cui la decisione deve avvenire secondo giustizia.

<sup>3</sup> Esempio è il caso *Symphony Group plc v. Hodgson* [1993] 4 All ER 143 richiamato da ZUCKERMAN, *Lord Woolf's access to justice: plus ça change ...*, cit., 773, nota 2 in cui in una controversia del valore di 10.000 sterline l'attore ha sopportato spese processuali per più di 100.000 sterline.

<sup>4</sup> In ragione del criterio della proporzionalità è prevista la diversificazione del percorso processuale nei c.d. *tracks* predisposti in funzione delle caratteristiche e della complessità della causa. La *CPR 26.1* individua tre alternative: lo *small claims track*, il *fast track* e il *multi-track*. Per l'ambito di applicazione dei diversi *tracks* si v. la *CPR 26.6*. Per la descrizione della richiamata tripartizione del rito applicabile v. ZUCKERMAN, *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of practice*, London, 2013.

il processo sia gestito con speditezza e giustizia<sup>3</sup> e, infine, assegnando a ciascuna causa una quota appropriata delle risorse dell'ordinamento giudiziario al fine di garantire una equa distribuzione delle medesime fra tutte le controversie.

Le nuove disposizioni processuali sono dunque funzionali ad un'amministrazione della giustizia nel rispetto dei principi dell'uguaglianza delle parti, dell'economicità, del buon andamento, della proporzionalità e dell'elasticità<sup>4</sup>.

Spetta ai giudici, come espressamente sancito dalla CPR 1.4, garantire che nel processo sia attuato l'*overriding objective* richiamato<sup>5</sup>: centrali a tal fine sono gli ampi *case management powers*

633 ss.; SIME, *A practical approach to civil procedure*, Oxford, 2013, 300 ss.; BLAKE, *A practical Approach to effective litigation*, Oxford, 2015, 314 ss.; FICCARIELLO, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, 112 ss.; v. anche BENSO, *La prova prima del processo*, Torino, 2004, 110 spec. nota 119.

<sup>3</sup> Prima dell'introduzione delle nuove C.P.R. nel 1999 "*litigation in England was slow and this was mainly due to a lack of discipline during the legal proceedings*"; in questi termini, espressamente, C. H. VAN RIEB, *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, 20. L'Autore richiamato illustra che la tolleranza dei giudici inglesi è stata una reazione all'applicazione rigorosa delle norme processuali nel periodo precedente l'entrata in vigore del *Judicature Acts 1873-1875* come eloquentemente espresso dall'opinione del giudice Bowen LJ - ivi richiamata - nel caso *Cropper v. Smith* (1884) 26 Chapter D. 700, 710 11: "*The object of the courts is to decide the rights of parties, and not to punish them for mistakes they make in the conduct of their cases by deciding otherwise than in accordance with their rights (...) I know of no kind of error or mistake which, if not fraudulent or intended to overreach, the court ought not to correct, if it can be done without injustice to the other party. Courts do not exist for the sake of discipline, but for the sake of deciding matters in controversy (...)*". Analogamente, nel caso *Claripede & Co. v. Commercial Union Association* (1883) 32 WR 262, 263, sempre richiamato da C.H. VAN RIEB, il giudice Brett MR ha enunciato che "*However negligent or careless may have been the first decision, and however late the proposed amendment, the amendment should be allowed if it can be made without injustice to the other side. There is no injustice if the other side can be compensated in cost*".

<sup>4</sup> Per questa sintesi si v. DONZELLI, *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese, in Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, LANFRANCHI-CARRATTA (a cura di), Torino, 2005, 21.

<sup>5</sup> Segnatamente Lord Woolf (*Access to Justice, Interim Report, June 1995*) afferma: "*I believe there is now no alternative to a fundamental shift in the responsibility for the management of civil litigation from litigants and their advisers to the courts*". Con le nuove C.P.R. si è dunque passati da un sistema retto dal "*principle of party control*" a quello del controllo giudiziale: sul punto v. ANDREWS, *The Modern civil process*, Tubingen, 2008, 24 il quale riporta l'opinione di Lord Woolf secondo cui "*Judges have to be treated to exercise the wide discretion which they have fairly and justly in all the circumstances... When judges seek to do that, it is important that the [Court of appeal] should not inter-*

loro attribuiti<sup>6</sup> - per lo più enucleati nella parte terza delle C.P.R. - volti a modulare il processo secondo tempi e preclusioni funzionali alla controversia pendente in concreto<sup>7</sup>.

Espressione di tali poteri sono i c.d. *process orders* "*in respect of which the party in question has a choice whether to comply or, alternatively, suffer the consequence that attaches the failure to comply*".

La parte che non ottempera ad un ordine giudiziale è responsabile di oltraggio alla Corte - il c.d. *contempt of court* - che, con particolare riferimento al processo civile, è anche definito *civil contempt* o *contempt of procedure*<sup>8</sup>.

*ferre unless judges can be shown to have exercised their powers in some way which contravenes the relevant principles*". L'opinione di Lord Woolf è riportata anche nelle decisioni *Bigazzi v. Bank Leuare plc.*, [1999] EWCA Civ 1972; [1999] 1 WLR 1926. L'attribuzione di ampi poteri di controllo e gestione del processo al fine di consentire una buona amministrazione della giustizia gode dell'avvallo internazionale ad opera dei (non binding) *American Law Institute/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure* reperibili sul sito <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedural/undroitprinciples-e.pdf> giusta i quali il giudice deve "*actively manage the proceedings, exercising discretion to achieve disposition of the dispute fairly, efficiently, and with a reasonable speed*" (n. 14.1.); per questo rilievo v. ANDREWS, *Andrews on civil processes*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013, 48.

<sup>6</sup> Per il cui esame nel dettaglio si rinvia a DONZELLI, *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese*, cit., 25 ss. Per un approfondimento della nozione di *case management* e dei poteri riconosciuti ai giudici v. anche ANDREWS, *Andrews on civil processes*, cit., 199 ss.

<sup>7</sup> Nel caso *Three Rivers District Council v. Bank of England*, punto 106, Lord Hope of Craighead ha osservato che "*the overriding objective of dealing with cases justly includes dealing with them in a proportionate manner, expeditiously, fairly and without undue expense. As he says, each case is entitled only to an appropriate share of the court's resources*". Le decisioni delle Corti inglesi sono reperibili, oltre che nelle riviste all'uopo richiamate, sul sito istituzionale [www.bailii.org](http://www.bailii.org).

<sup>8</sup> Per questa distinzione v. Carrò, *The limits of civil contempt as a measure of compulsion: ISC BTA Bank v. Mukhar Ablyazov*, in *C.J.Q.*, 2013, 16 che osserva come il *civil contempt* sia previsto a presidio sia dell'amministrazione della giustizia che dell'interesse della parte contrapposta a quella inadempiente. Sotto il profilo funzionale in *Gompers v. Back's Stove and Range Co* (1911) 221 U.S. 418, 441, richiamato da ANDREWS, *Early and Smith on Contempt*, London, 2011, par. 3.1 ss., si distingue fra le funzioni proprie del *civil* e del *criminal contempt*: "*in civil contempt the punishment is remedial, and for the benefit of the complainant. But if it is criminal contempt the sentence is punitive, to vindicate the authority of the court*". La distinzione, peraltro, nel diritto inglese non è così netta come si ricava dalla lettura di *Phonographic Performance v. Amusement Caterers* (Peckham) [1964] Ch. 195-198 in *R.P.C. (Reports of patent, design and trade mark cases)*, (1992) 109 (8): 149-166 riportato da Carrò, *op. loc. ult. cit.*: "*where there has been willful disobedience to an order of the court and a*

Le prescrizioni giudiziali – i sopra richiamati *process orders* – possono essere munite di sanzioni che devono essere precisate nell'ordine<sup>11</sup> ed attuate<sup>12</sup>; da più parti si è rilevata l'importanza della certezza della loro esecuzione quale momento imprescindibile per il rispetto dell'obbligo e, conseguentemente, dell'obiettivo di un'amministrazione del processo secondo giustizia<sup>13</sup>. In questo senso chiara è l'opinione di Lord Woolf per il quale, "the court must make sure that the default does not go unmarked"<sup>14</sup>.

I giudici, nell'individuare la sanzione di volta in volta applicabile, godono di ampi poteri discrezionali che devono tenere conto delle circostanze del caso concreto e dell'obiettivo della buona amministrazione della giustizia; la sanzione può e deve variare in ragione della gravità della condotta processuale illegittima e delle

*measure of contumacy on the part of the defendant, then civil contempt, what is called contempt in procedure, bears a two-fold character, implying as between the parties to the proceedings merely a right to exercise and a liability to submit to a form of civil execution, but as between the party in default and the state, a penal or disciplinary jurisdiction to be exercised by the court in the public interest*".

<sup>11</sup> In questo senso la disposizione contenuta nella CPR 3.1. (3)(b).

<sup>12</sup> La parte *who fails to disclose a document may not rely on it* ai sensi della CPR 31.21 o la parte *who fails to exchange a witness statement may not call the witness* giusta la CPR 32.10. Le misure penali si applicano soltanto alle ipotesi più gravi; così, esemplificando, si pensi all'ipotesi della falsa testimonianza: "The acts of lying on oath (...) is dealt with by the free-standing criminal sanction for perjury. Just as committal for contempt would be inappropriate in such a situation so would dismissal of the case. Indeed, dismissal would not be justified even if the party's actions did in fact impede the court's efforts to determine the truth, because the criminal sanction is the only legitimate sanction for (...) perjury". Per l'esame delle varie ipotesi v. ZUCKERMAN, *Dismissal for disobedience of peremptory orders – an imperative of fair trial*, in *C.J.Q.*, 2001, 12-16.

<sup>13</sup> V. ZUCKERMAN *Dismissal for disobedience of peremptory orders*, cit., 13 che, pragmaticamente, sintetizza l'opportunità che sia garantito il rispetto dei *court orders* rilevando che "if you are not willing to play by the rules, you cannot be a party to an adjudicative process". Secondo l'Autore richiamato, le Corti inglesi sono troppo tolleranti nella gestione dei poteri di *case management* loro riconosciuti: v. ZUCKERMAN, *Litigation Management under the CPR: A Poorly-Used Management Infrastructure*, in DWYER D., *The Civil Procedure Rule: Ten Years On*, Oxford University Press, 2010, 89-108; ID., in TRÖCKER, VARANO, *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino, 2005, 143 ss.; ID., *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, 543-546; v. anche POGGOTT, *Relief from Sanctions...* in *C.J.Q.*, 2005, 103-129.

<sup>14</sup> L'opinione di Lord Woolf è riportata nel caso *Biguzzi v. Rank Leisure plc.*, [1999] cit.

diverse funzioni proprie del c.d. *case management*<sup>15</sup>; talvolta è sufficiente sanzionare la parte inadempiente sotto il profilo economico<sup>16</sup>; altre volte il giudice dispone la sospensione del processo<sup>17</sup>.

## 2. L'unless order e la sanzione del debarment from defending

Ove la violazione abbia ad oggetto una norma del codice di rito, una *practice direction*<sup>18</sup> ovvero un ordine giudiziale la conseguenza più grave può essere lo *striking out*<sup>19</sup> *the statement of case*<sup>20</sup>; in questo senso dispone la CPR 3.4, giusta la quale "The Court may strike out a statement of case if it appears to the court..

<sup>15</sup> Tre sono le funzioni principali del c.d. *case management*: "to encourage the parties to pursue mediation, where this is practicable; secondly, to prevent the case from progressing too slowly and inefficiently; finally, to ensure that judicial resources are allocated proportionately (...) this requires the court and parties to consider the competing demands of other litigants who wish to gain access to judges, the court's 'scarce resources'"; sul punto v. ANDREWS, *Andrews on civil processes*, cit., 198; ID., *The Modern Civil Process*, cit., 48.

<sup>16</sup> Ricorrendo ad un appropriato utilizzo degli *adverse cost orders*: v. ANDREWS, *The modern civil process*, cit., 173 ss. e *Civil procedure: the white book service*, London, 2012, I, 82.

<sup>17</sup> Lo *staying the proceeding* è normalmente volto ad incentivare la negoziazione della causa o un tentativo di mediazione: ANDREWS, *The modern civil process*, cit., 173 ss., 228.

<sup>18</sup> Le *practice directions* sono disposizioni processuali di creazione giudiziale: a seguito dell'entrata in vigore del *Constitutional Reform Act 2005* (aprile 2006) il potere di creare *practice directions* in ambito civile compete a Lord Chief Justice ai sensi di quanto previsto della sezione 5 del *Civil Procedure Act*. Per l'evoluzione del potere di creare le disposizioni richiamate v. ZUCKERMAN, *Rule Making and Precedent Under the Civil Procedure Rules 1998. – Still an Unsettled Field*, in *C.J.Q.*, 2010, 129.

<sup>19</sup> Per questa distinzione v. DOSIZELLI, *op. cit.*, 26-27. Nel caso *Summers v Fairclough Homes Ltd* 2012 UKSC 26 annotato da ZUCKERMAN, in *C.J.Q.*, 2012, 377 al punto 49 si osserva: "court has a wide discretion as to how to exercise its case management powers. These include the power to strike out the whole or any part of a statement of case at whatever stage it is made, even if it is made at the end of the trial. However the cases stress the flexibility of the CPR".

<sup>20</sup> Il processo inizia con la *claim form* – sul punto v. *supra* cap. I, nota 24 –; la *claim form* e gli atti che le parti si scambiano successivamente sono denominati *statements of case*: essi comprendono i *particulars of claim* – che secondo la regola generale devono essere contenuti nella o notificati con la *claim form* oppure entro i 14 giorni successivi – la *defendant's defence* e tutti gli atti successivi. Sul punto v. *Civil procedure: the white book service*, London, 2012, I, 27; ZUCKERMAN, *Zuckerman on Civil Procedure*, 297 ss.



(c) that there has been a failure to comply with a rule, practice direction or court order"<sup>21</sup>.

Il provvedimento di "strike out a statement of case" – se pronunciato nei confronti dell'attore – o "debarment from defending" – se pronunciato nei confronti del convenuto – può dunque essere la sanzione disposta per l'inadempimento di un *unless or peremptory order* che intima ad una parte del giudizio di compiere una determinata attività processuale entro una specifica data<sup>22</sup>; se inadempiente è l'attore, la domanda non è esaminata e cancellata dal ruolo; se il mancato rispetto dell'ordine è posto in essere dal convenuto, quest'ultimo è privato del diritto di difendersi nel merito della controversia e quindi di svolgere qualsivoglia attività processuale. Essa viene comminata quando la parte – c.d. *defaulting party* – ha ripetutamente ommesso di ottemperare all'ordine giudiziale<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> I giudici possono esercitare questo potere non solo nel caso di mancato adempimento di un ordine giudiziale, bensì anche "the statement of case discloses no reasonable grounds for bringing or defending the claim or the statement of case is an abuse of the court's process or is otherwise likely to obstruct the just disposal of the proceedings". Sul punto v. *Andrews, Andrews on civil processes*, cit., 249 ss.; In., *The Modern Civil Process*, cit., 88.

<sup>22</sup> Le conseguenze dell'inadempimento dell'*unless order* devono essere proporzionate rispetto all'obiettivo perseguito con l'ordine a cui l'*unless order* è accessorio e più in generale all'obiettivo della buona amministrazione della giustizia. In questo senso deve essere inteso quanto affermato in giurisprudenza secondo cui "a judge should consider carefully whether the sanction being imposed is appropriate in all the circumstances of the case"; v. *Marcan Shipping (London) Ltd v. Kefetas* [2007] EWCA Civ 463; [2007] 1 WLR 1864 spec. punto 36. V. anche, in modo analogo, il punto 92 nel caso *Akbar v. Adepta* 2010 EWCA Civ 1170, in cui si legge: "Moreover, it should not be forgotten that one of the great virtues of the CPR is that, by providing more flexible remedies for breaches of rules as well as a stricter regulatory environment, the courts are given the powers and the opportunities to make the sanction fit the breach. (...) The draconian step of striking a claim out is always a last resort, a fortiori where to do so would deprive the claimant of a substantive right to which the court had held that he was entitled after a fair trial. It is very difficult indeed to think of circumstances in which such a conclusion would be proportionate. Such circumstances might, however, include a case where there had been a massive attempt to deceive the court but the award of damages would be very small".

<sup>23</sup> "A peremptory order (...) is usually made after the litigant has persistently failed to comply with the rules or orders of the court. It is, therefore, a measure of last resort in the face of a litigant who would not do what is necessary to advance the dispute to a resolution": così *ZUCKERMAN, Dismissal for disobedience of peremptory orders*, cit., 15.

Si tratta, tuttavia, di un provvedimento che, in ragione delle pressoché irreversibili conseguenze che determina, deve essere disposto solo ove la condotta inadempiente possa pregiudicare lo svolgimento di un "giusto" processo<sup>24</sup>.

Sotto forma di un *unless order*, con l'espressa sanzione della privazione del diritto di difendersi nel merito fu – come già visto – il provvedimento, ancillare al *disclosure order*, pronunciato dal giudice *Rattee* all'udienza del 10 luglio 1998: secondo quest'ultimo i *disclosure orders* emanati dal giudice *Rimer* furono legittimi e pertanto, a fronte del perdurante inadempimento del Gambazzi, legittima fu la richiesta di pronuncia di un *unless order* con la sanzione dello *striking out of the defence* allo scadere del termine all'uopo indicato:

"that being so, in my judgment there can be nothing abusive or oppressive in the court, firstly, refusing to discharge those orders or, secondly, taking steps to sure that the orders are complied with, given that they are orders made by a court in exercise of jurisdiction over the CC defendants<sup>25</sup> with the Court of Appeal<sup>26</sup> has determined the court has, even over a Swiss lawyer practising and living in Switzerland. Insofar as the CC defendants have failed to comply with the order of Mr Justice Rimer without offering any good reason, other than they do not think those orders should have been made in the first place, and given that they have made no attempt to set aside those orders until they actually faced the prospect of being met with an unless order when the plaintiffs made their application that is now before me, it seems to me that the sort of orders sought by the plaintiffs, including the unless order sought by them are amply justified".

Il *debarment from defending* è un istituto che non conosce omologhi nel nostro ordinamento: l'unica ipotesi di "uscita" dal

<sup>24</sup> Si legge in *Arrow Nominees Inc & Anor v Blackledge & Ors* [2000] EWCA Civ 200 (22 June 2000) che il provvedimento non deve essere pronunciato "if it can be shown that notwithstanding the claimant's conduct there is no substantial risk that a fair trial of his claim cannot follow".

<sup>25</sup> Con tale abbreviazione sono indicati Gambazzi e il gruppo dei convenuti difesi da *Colman Coyle* succeduto a *Richard Butler*, difensore nella fase iniziale del procedimento.

<sup>26</sup> La precisazione è pertinente perché all'epoca dell'udienza era ancora pendente il subprocedimento volto ad accertare la sussistenza della giurisdizione del giudice inglese sulla quale era appena intervenuta la decisione del giudice d'appello. Sul punto v. *supra* in questa sezione, cap. 1.

processo di una parte costituita disciplinata dal nostro codice di procedura civile è rappresentata dall'estromissione dell'obbligato o del garantito<sup>27</sup>: si tratta peraltro di una uscita volontaria e non forzata. Occorre in ogni caso dare atto che, nell'ottica dell'ordinamento anglosassone, anche la sanzione che si esamina è conseguenza di una scelta di parte: non è – si dice – l'ordinamento che priva la parte del diritto di difendersi, ma la parte stessa. In questo senso le parole del giudice *Rattee* all'udienza del 13 ottobre 1998 sono significative:

Gambazzi "is admittedly already debarred from defending by failing to comply with Unless Orders already made by the Court in July. I am not being asked to shut him out from defending. He is already debarred by his own conduct".

Gli effetti predisposti dall'*unless order* si verificano automaticamente senza che sia necessaria una istanza di parte per "attivare" la sanzione allo spirare del termine indicato<sup>28</sup>. La parte ina-

<sup>27</sup> L'istituto non ha carattere generale ed è disciplinato dagli artt. 108 e 109 c.p.c.; sul tema si rinvia rispettivamente all'aggiornato approfondimento di COSSOLO-OSTASIO, *Commento sub art. 108*, in COSSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile. Commentario*, Milano, 2013, 1238 ss. e COSSOLO, *Commento sub art. 109*, *idem*, 1244 ed *ivi* per i riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

<sup>28</sup> ANDREWS, *The Modern Civil Process*, cit., 25; più di recente ANDREWS, *Andrews on civil processes*, cit., 204; V. anche *Marcan Shipping (London) Ltd v. Kefiras* [2007] EWCA Civ 463; [2007] 1 WLR 1864 spec. punto 34 in cui si osserva che "In my view it should now be clearly recognized that the sanction embodied in an 'unless' order in traditional form takes effect without the need for any further order if the party to whom it is addressed fails to comply with it in any material respect. This has a number of consequences, to three of which I think it is worth drawing particular attention. The first is that it is unnecessary, and indeed inappropriate, for a party who seeks to rely on non-compliance with an order of that kind to make an application to the court for the sanction to be imposed or, as the judge put it, 'activated'. The sanction prescribed by the order takes effect automatically as a result of the failure to comply with its terms. If an application to enter judgment is made under rule 3.5(5), the court's function is limited to deciding what order should properly be made to reflect the sanction which has already taken effect. Unless the party in default has applied for relief, or the court itself decides for some exceptional reason that it should act of its own initiative, the question whether the sanction ought to apply does not arise. It must be assumed that at the time of making the order the court considered all the relevant factors and reached the decision that the sanction should take effect in the event of default. If it is thought that the court should not have made an order in those terms in the first place, the right course is to challenge it on appeal, but it may often be better to make all reasonable efforts to comply and to seek relief in the event of default (...)". V. anche *Keen Phillips (A firm) v. Field* [2006] EWCA Civ 1524 (26 October 2006); [2007] 1 WLR 686, CA, punto 19.

dempiente ha due rimedi: può chiedere di essere autorizzata a presentare appello<sup>29</sup> contro l'*unless order* – e quindi prima che la sanzione diventi automaticamente efficace – oppure ha facoltà di presentare istanza per ottenere *relief from sanction* ai sensi della CPR 3.9 una volta che il termine per l'adempimento sia scaduto<sup>30</sup>.

Il *debarment* del Gambazzi aprì la via all'istanza delle società canadesi volta ad ottenere il *judgment without trial after striking out*: contro tale richiesta Gambazzi si difese insistendo per la revoca dell'*unless order* ribadendo che il mancato adempimento al *disclosure order* era legittimato dal suo diritto a non autoincriminarsi e di tacere<sup>31</sup> considerato che la legge svizzera gli impediva,

<sup>29</sup> L'appello soggiace ad un filtro di ammissibilità: la parte deve ottenere un'autorizzazione già nota come *leave* ed oggi *permission*. Il permesso non deve però essere richiesto per impugnare le decisioni che implicano contrazioni del diritto di libertà di una persona: sul punto v. ANDREWS, *The Modern Civil Process*, cit., 51 e 153. V. anche il disposto della CPR 52.3 (1) giusta la quale: (1) *An appellant or respondent requires permission to appeal - (a) where the appeal is from a decision of a judge in the County Court or the High Court, except where the appeal is against - (i) a committal order; (ii) a refusal to grant habeas corpus; or (iii) a secure accommodation order made under section 25 of the Children Act 1989; or (b) as provided by Practice Direction 52. Normalmente l'autorizzazione è richiesta alla stessa Corte che ha pronunciato la decisione, ma, in caso di rifiuto, può essere reiterata alla Corte superiore. Occorre, tuttavia, rilevare che ottenere il permesso per appellare non è semplice: la CPR 52.3 (6) dispone che "Permission to appeal may be given only where - (a) the court considers that the appeal would have a real prospect of success; or (b) there is some other compelling reason why the appeal should be heard". Essa è dunque concessa proforma all'esito di una verifica che valuta se "the issue is of sufficient significance to justify the costs of an appeal", se "the procedural consequences of an appeal (eg, loss of trial date) outweigh the significance of the case management decision" o se "it would be more convenient to determine the issue at or after the trial": in questi termini ANDREWS, *Andrews on civil processes*, cit., 203 spec. nota 36. I giudici d'appello sono poco inclini a modificare o revocare le decisioni dei giudici inferiori in tema di *case management* a meno che non siano in principio errate o pronunciate senza aver tenuto nella dovuta considerazione tutte le circostanze del caso concreto o perché motivate in modo futile o in ogni caso il giudice abbia fatto cattivo uso del potere discrezionale che gli è riconosciuto dall'ordinamento; sul punto v. ANDREWS, *Andrews on civil processes*, cit., 202 che richiama la decisione *Thomson v O'Connor* [2005] EWCA Civ 1533. L'impugnazione delle decisioni di *case management* è ritenuta particolarmente sconsigliata dando luogo alle c.d. *satellite litigations* che impugnano eccessivamente le corti inglesi su questioni che non riguardano propriamente il merito della causa: per un esempio v. ZUCKERMAN, *The continuing management deficit in the administration of civil justice*, in *C.J.Q.*, 2015, 1 ss., spec. 5 ss. Sul punto v. anche BLAKE, *op. cit.*, 361.*

<sup>30</sup> Per un esame di come in concreto operi il rimedio di cui alla CPR 3.9 v. *infra* in questa sezione cap. IV.

<sup>31</sup> È il c.d. *privilege against self-incrimination* su cui la *section 14* del *Civil Evidence*

nella sua qualità di avvocato, di rivelare le informazioni richieste dal giudice inglese come sarebbe stato accertato nel processo, pendente in Svizzera, introdotto dai ricorrenti per l'esecuzione della misura cautelare<sup>32</sup>: chiese, quindi, che l'udienza per l'esame dell'istanza, presentata dalle società canadesi, volta a conseguire l'autorizzazione per ottenere il *judgment without trial after striking out* fosse aggiornata ad una data successiva all'esito di detto procedimento.

All'udienza del 13 ottobre 1998, le difese del Gambazzi furono giudicate tardive: l'effetto dell'estromissione del Gambazzi si era già realizzato allo scadere del termine indicato nell'*unless order* del 10 luglio 1998:

"The *Unless Orders* made by me<sup>33</sup> were in the form that, unless the defendants concerned served an affidavit as required by the order on the Plaintiff's solicitors within 28 days, any defence filed by them should be struck out and they should be debarred from defending the action further. (...) the CC Defendants are admittedly in breach of the existing orders of this Court, and, in the case of the Second Defendant - Gambazzi - of obligations already made the subject of *Unless orders*, which as a result have already had the effect of debarring him from defending the action".

Quanto alle giustificazioni addotte a sostegno del mancato adempimento, secondo il giudice Rattee il Gambazzi non dimostrò né in quale modo l'esito del procedimento svizzero, relativo

*Act 1968 recita: The right of a person in any legal proceedings other than criminal proceedings to refuse to answer any question or produce any document or thing if to do so would tend to expose that person or his or her spouse to proceeding for an offence or for the recovery of a penalty [under UK law]. Se la possibilità di essere incriminati dipende dal diritto straniero, il riconoscimento del diritto è rimesso alla discrezionalità giudiziale: sul punto v. retro, cap. II, par. 2. Sul punto v. ANONIMO, *Andrews on Civil Process*, cit., 815 ss. Il principio è affermato anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: v. caso J.B. c/ Svizzera, 3 maggio 2011, punti 64-66.*

<sup>32</sup> In data 24 febbraio 1998 le società canadesi avevano ottenuto il riconoscimento del *freezing order* in Svizzera: riconoscimento contro il quale il Gambazzi aveva presentato ricorso ai sensi dell'art. 36 della Conv. Lugano. All'epoca dell'udienza davanti al giudice Rattee, il giudizio svizzero era ancora pendente: il Gambazzi chiedeva nella sostanza che si attendesse l'esito del processo svizzero affinché fosse accertato se, secondo la sua legge nazionale, sussistesse o meno il suo diritto di non autoincriminarsi. Esito che, come riportato nella decisione della Corte d'appello di Milano - su cui *infra* sezione II, cap. I, par. 4.2 - avrebbe disatteso la tesi esposta del Gambazzi.

<sup>33</sup> Il riferimento è al provvedimento pronunciato dal medesimo Mr. Justice Rattee del 10 luglio 1998.

alla richiesta di dichiarazione di esecutività della misura cautelare, avrebbe potuto condizionare il pendente processo inglese al punto da rendere opportuno il rinvio dell'udienza per l'esame dell'istanza di parte attrice volta ad ottenere il *judgment* nel merito, né allegato valide ragioni per le quali sarebbe stato opportuno revocare l'*unless order* del 10 luglio 1998.

### 3. Il *judgment without trial after striking out*

Tutto ciò premesso, il giudice Rattee non vide alcuna ragione per negare alle società canadesi il diritto ad ottenere una decisione di accoglimento nel merito della domanda a meno che il Gambazzi non ottemperasse agli ordini giudiziali entro un nuovo termine all'uopo assegnato disponendo che:

"the Plaintiffs should be able to enter judgment and put the process of the taking of accounts sought by the Statement of Claim into operation".

Verificatosi il *debarment from defending*, le parti attrici sono dunque legittimate ad ottenere una decisione *without trial after striking out the defence* ovvero il riconoscimento automatico delle pretese avanzate in giudizio senza l'avvio del processo per l'esame nel merito della domanda.

Il nostro sistema processuale conosce un simile epilogo del processo soltanto nella circoscritta ipotesi del procedimento per convalida di sfratto per il caso che parte convenuta non compaia o, comparando, non si opponga<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> La scelta del legislatore è stata variamente ricostruita in dottrina. Secondo il GARRAGNATI, *I procedimenti d'ingiunzione e di convalida di sfratto*, Milano, 1970, 317 ss. il legislatore attribuisce il valore di prova legale alla mancata contestazione dei fatti costitutivi; per GIUDICANDREA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino, 1956, 52 ss., 162 ss., 169 ss. la non opposizione ha valore di ammissione legale (*c.d. ficta confessio*) e ad essa consegue la *relevatio ab onere probandi* dell'intimato; secondo PRATO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, 241-242 in caso di mancata contestazione o mancata opposizione dell'intimato, la convalida è emanata sulla base di una cognizione che si limita ad esaminare se, dai fatti affermati dal locatore, scaturiscano o no gli effetti giuridici da lui affermati. Esclude che la mancata opposizione integri una *ficta confessio* in

Analoga via era stata percorsa dal legislatore nella disciplina *ad hoc* per le controversie c.d. societarie<sup>25</sup> oggi abrogata<sup>26</sup>.

L'art. 13 del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (di seguito d. lgs. n. 5/2003) aveva introdotto un vero e proprio processo contumaciale equiparabile a quello previsto dalla CPR 12 inglese. A fronte della contumacia del convenuto, che nel processo societario abrogato conseguiva non già alla mancata costituzione in giudizio, bensì all'omessa notifica nei termini del primo atto difensivo del convenuto, l'attore poteva decidere di notificargli una nuova memoria ai sensi dell'art. 6, d. lgs. n. 5/2003, proseguendo il giudizio secondo le vie ordinarie<sup>27</sup> oppure optare per il deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza alla quale conseguiva l'apertura della fase di decisione della causa: i fatti affermati

quanto non solo l'effetto non è previsto dalla norma, ma neppure la norma richiama le disposizioni in materia di confessione CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, 425 ss., spec. 435 per il quale la non opposizione è comportamento idoneo ad integrare una non contestazione che produce l'effetto di rendere non più bisognosi di prova i fatti allegati dall'avversario.

<sup>25</sup> Per l'individuazione dell'ambito di applicazione della disciplina societaria abrogata v. CARRATTA, *Ambito di applicazione*, in *Il nuovo processo societario. Commentario* (a cura di CHIARLONI), Torino, 2004, 43 ss.; GIORGI, *La fase introduttiva e la fissazione dell'udienza*, in *Il nuovo processo societario*, suppl. al fasc. 25/2005 *Diritto & Giustizia*, Milano, 2005, 2 ss.; COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la cognizione ordinaria di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 400; GIOIA, *Commento sub art. 1*, in *La riforma delle società. Il processo*, a cura di SASSANI, Torino, 2003, 16 ss.

<sup>26</sup> Dalla L. 18 giugno 2009, n. 69 che ha abrogato gli artt. da 1 a 33, l'art. 41 co. 1 e l'art. 42, lasciando in vigore le sole disposizioni concernenti gli istituti dell'arbitrato e della conciliazione stragiudiziale. L'art. 13, co. 2, in esame era peraltro già stato dichiarato costituzionalmente illegittimo per eccesso di delega dalla decisione del Giudice delle leggi del 12 ottobre 2007, n. 340 in *Riv. dir. proc.*, 2008, 517 con nota di SASSANI, AULETTA, *L'illegittimità costituzionale per «contrasto con la tradizione»: in morte di una (buona) «regola del processo»* e in *Corr. giur.*, 2008, 331 ss. con nota di De CISTOFANO, *Dissolvenza sul rito societario di cognizione ordinaria*; BRIGUGLIO, *La Corte costituzionale e la ficta confessio nel processo societario*, in *Foro it.*, 2008, I, 723 ss.

<sup>27</sup> Con applicazione delle tutele previste dal codice di rito per la parte contumace. Sulla natura neutrale della contumacia nel nostro processo civile v. GIANNOZZI, *La contumacia nel processo civile*, Milano, 1963, 149 ss.; ANDRIOLI, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, 297 ss.; MICHELI, *L'onere della prova*, rist. ediz. del 1942, Padova, 1966, 115. Nel senso che la contumacia integrerebbe un comportamento di inosservanza dell'onere di prendere posizione sui fatti allegati dalla controparte con le conseguenze proprie della non contestazione v. l'analisi svolta da CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 164 ss., 294 ss. V. anche D'ADAMO, *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Milano, 2012, *passim*.

dall'attore s'intendevano così non contestati<sup>28</sup> e rispetto ad essi veniva meno l'esigenza di qualsivoglia attività probatoria<sup>29</sup>.

Il giudice, secondo le prescrizioni dell'art. 13 d. lgs. n. 5 del 2003, accoglieva o rigettava la domanda sulla base della sua conclusione<sup>30</sup>.

In modo analogo, nello spazio giudiziario europeo, l'istituto della *ficta confessio* è previsto dall'art. 7, par. 3, del regolamento n. 861/2007 per le controversie di modesta entità: in difetto di replica della controparte nei termini previsti, il giudice emette una sentenza di accoglimento della domanda azionata<sup>31</sup>.

Si tratta di disposizioni che condividono la *ratio* non già del *judgment without trial after striking out*, in cui la decisione non si fonda su un'ancorché tacita non contestazione delle allegazioni attoree, bensì del diverso, quanto a presupposti, *default judgment*

<sup>28</sup> I fatti non contestati sono solo i fatti costitutivi e non già le eventuali circostanze che l'attore abbia allegato e che potrebbero contrastare con l'effetto auspicato: in questo senso CARRATTA, *Contumacia dell'attore e del convenuto, rilevanza dell'inammissibilità di allegazioni, istanze istruttorie e produzioni documentali*, in *AA.VV.*, *Il nuovo processo societario*, cit., 378 sul rilievo che, argomentando diversamente, si finirebbe con il vanificare l'effetto che deriva dalla pacificità, che consegue alla non contestazione, dei fatti dedotti nell'atto introduttivo.

<sup>29</sup> In altri termini si è passati da un sistema detto di *ficta confessio*, per cui si assumeva che i fatti affermati dall'attore fossero contestati dal convenuto contumace sicché l'accoglimento della domanda richiedeva comunque la prova dei fatti affermati nell'atto di citazione, ad un sistema di c.d. *ficta confessio*, per cui la mancata difesa del convenuto comporta una fittizia non contestazione dei fatti costitutivi della domanda attorea, con il conseguente venir meno dell'onere di provarli a carico dell'attore: in questi termini v. GIORGI, *La fase introduttiva e la fissazione dell'udienza*, cit., 57.

<sup>30</sup> Sul punto si veda SASSANI, *Commento sub art. 13*, in *La riforma delle società. Il processo*, a cura di SASSANI, cit., 143, 144 per il quale la domanda è concludente ove sia possibile individuare la fattispecie giuridica dell'effetto richiesto: il giudice deve verificare che i fatti siano compiutamente allegati, siano tali da giustificare in diritto la richiesta, non siano incompatibili fra di loro, che la ricostruzione dei fatti non sia contraddittoria (si pensi all'allegazione di un fatto impeditivo del fatto costitutivo che si reclama esistente) e che dalle argomentazioni della parte non emerga un'attività stragiudiziale del convenuto idonea a paralizzare l'azione. Nell'ipotesi in cui il giudice sia incerto sulla conclusione della domanda, prima di applicare la regola di giudizio, che impone la declaratoria della soccombenza dell'attore, può deferire, per espressa disposizione legislativa, il giuramento suppletorio all'attore.

<sup>31</sup> V. D'ALESSANDRO, *Il procedimento uniforme per le controversie di modesta entità. Regolamento comunitario dell'11 luglio 2007 n. 861*, Torino, 2008, 34. V. anche SALERNO, *La cooperazione giudiziaria in materia civile*, in STAZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2010, 488.

disciplinato dalla CPR 12 che rappresenta l'epilogo necessario del processo<sup>43</sup> in caso di un'inattività qualificata del convenuto che, entro il termine a lui assegnato<sup>44</sup> "has not filed an acknowledgment of service<sup>45</sup> or a defence to the claim"<sup>46</sup>. In queste ipotesi non vi è ugualmente nessun esame, neppure sommario, del merito della domanda, ma la decisione si fonda sulla non contestazione, seppure fittizia, della parte convenuta che ha scelto di non difendersi, consapevole delle conseguenze<sup>47</sup>.

Diversa la genesi del provvedimento in esame, esso condivide peraltro l'identica natura pseudo-amministrativa del *judgment without trial after striking out*<sup>48</sup>: "Although (...) are judgments of the court, the court's involvement is no more than nominal. It would, for instance, be very rare for a judge to read the relevant case papers. Instead a court officer, nothing that no defence to the claim has been submitted, simply rubber-stamps (almost literally) the claim as a default judgment"<sup>49</sup>.

Il provvedimento pronunciato contro Gambazzi che – come

<sup>43</sup> Non di tutti i processi: la CPR 12.2 enuclea le ipotesi in cui non è ammesso. Sul punto v. SMIT, op. cit. 137-138; STALLA, *Default judgments inglesi alla prova dell'ordine pubblico processuale europeo, tra anelli deflattivi esasperati e superiori istanze di un'equa tutela del consumatore* in nota a CGUE, 6 settembre 2012, C-619/10, in *Iur' It*, 2012, 173 ss.

<sup>44</sup> Ai sensi della CPR 15.4 dalla notifica dei *particulars of claim* decorre un termine di 14 giorni "for file a defence" o 28 giorni "if the defendant files an acknowledgment of service under Part 10, 28 days after service of the particulars of claim". Se il convenuto è straniero il termine si allunga seppure di poco: esemplificando, se il chiamato in giudizio risiede nell'Unione europea, il termine è di 21 giorni. Per il testo della disposizione v. la nota che segue.

<sup>45</sup> Disciplinato dalla CPR 10.1, par. 3.

*A defendant may file an acknowledgment of service if –*

(a) *he is unable to file a defence within the period specified in rule 15.4; or*

(b) *he wishes to dispute the court's jurisdiction.*

<sup>46</sup> Per l'esame dell'istituto v. ANDREWS, *Andrews on civil process*, cit., 239 ss. Per l'esposizione analitica corredata dalle decisioni più importanti v. *Civil procedure: the white book service*, cit., 420 ss.

<sup>47</sup> L'enorme applicazione dell'istituto del *default judgment*, che consente la definizione della maggioranza delle controversie senza l'attività, se non nominale dell'apparato giudiziario, ha portato la dottrina a definirli "the bread and butter of the civil courts" e a precisare che "the fees they generate for the Court Service pay in large part for the whole civil court apparatus": così BALDWIN, *The enforcement of judgments in undefended claims in the civil courts in England and Wales*, in *C.J.Q.*, 2004, 357-358.

<sup>48</sup> Si parla di *administrative act* in *Civil procedure: the white book service*, cit., 438.

<sup>49</sup> Nei termini richiamati BALDWIN, op. loc. cit.

visto – si fonda su una contumacia non già volontaria, bensì coatta è disciplinato dalla CPR 3.4.(2)<sup>50</sup>. Quest'ultima disposizione si applica se, a giudizio della Corte,

- (a) la domanda è manifestamente infondata;
- (b) la domanda è temeraria al punto da integrare un vero e proprio abuso del processo o in ogni caso è idonea ad intralciare il normale corso dei processi<sup>51</sup>;
- (c) vi è stato un inadempimento ad una disposizione di legge, ad una *practice direction* o ad un ordine giudiziale.

Le ipotesi richiamate, seppure accomunate, hanno presupposti diversi e devono essere tenute distinte: nella fattispecie disciplinata sub a) la decisione è fondata su una valutazione del merito della controversia che viene ritenuta manifestamente infondata – *the claims or defense in ground-less*<sup>52</sup> – mentre nelle ipotesi individuate sub b) e c) detto esame è assente: "a court that strikes out a statement of case for abuse of process or for non-compliance with rules or court orders express no view about the substantive merits".

Non tutte le domande avanzate in giudizio possono approdare al *judgment after striking out without a trial*<sup>53</sup>. Nel caso che qui

<sup>50</sup> Di seguito la disposizione inglese:

*if it appears to the court –*

(a) *that the statement of case discloses no reasonable grounds for bringing or defending the claim;*

(b) *that the statement of case is an abuse of the court's process or is otherwise likely to obstruct the just disposal of the proceedings; or*

(c) *that there has been a failure to comply with a rule, practice direction or court order.*

<sup>51</sup> Per l'esame del c.d. *abuse of process*, che si verifica quando una parte mira ad ottenere per mezzo del processo un fine diverso e illecito, v. ANDREWS, *Andrews on civil process*, cit., 253 ss.

<sup>52</sup> V. ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principle of practice*, cit., 374. V. anche TURATTO, *Summary judgment e nozione di decisione riconoscibile nella prospettiva del fair trial*, in *Iur' It*, 2008, 84 ss.

<sup>53</sup> Per un approfondimento dei casi di cui alle lettere a) e b) si rinvia a *Civil procedure: the white book service*, cit., 71 ss.; ZUCKERMAN, op. cit., 373 ss. e 618 ss. Ipotesi adiacente a quella prevista dalla disposizione in esame sub a) è il c.d. *summary judgment* disciplinato dalla CPR 24. Sul tema v. ANDREWS, in *Andrews on civil process*, cit., 244 ss.; ZUCKERMAN, op. cit., 378 ss.; TURATTO, op. cit., 81 ss.; FRADRANI, *Appunti sulla tutela decisoria sommaria in Inghilterra ed in Francia: summary judgment ed injunction de payer*, in *La tutela sommaria in Europa – Studi*, a cura di CARRATTA, Napoli, 2012, 127 ss.

interessa – l'ipotesi di cui alla lettera c) –, ciò è possibile se la domanda ha ad oggetto:

- (i) una determinata somma di denaro;
- (ii) una somma di denaro che deve essere determinata dal giudice;
- (iii) la consegna di beni laddove la domanda indichi la somma che il creditore è disponibile ad accettare in luogo dell'adempimento; oppure
- (iv) qualsiasi combinazione di queste domande<sup>23</sup>.

L'inottemperanza di Marco Gambazzi all'*unless order* pronunciato in data 10 luglio 1998 determinava il giudice Rattee a prendere atto – all'udienza del 13 ottobre 1998 – della sua estromissione dal giudizio e ad autorizzare gli avvocati di parte attrice "to enter judgment against these defendant unless within a further limited period of days they comply with the order made by me in July": mediante un secondo *unless order*, concedeva un ulteriore termine alle parti convenute, tra cui Gambazzi, per adempiere al *disclosure order* disponendo che, in difetto, le società canadesi "may obtain judgment with costs by filing a request"<sup>24</sup>. Parti attrici, dunque, hanno diritto di ottenere un provvedimento di accoglimento della domanda giudiziale senza alcuna cognizione né piena né sommaria sulla fondatezza del diritto di risarcimento del danno azionato.

In data 10 dicembre 1998 la *High Court of Justice – Chancery division* pronunciava la decisione che chiudeva la controversia instaurata dalla *Canada Trust Company*, la *Royal Trust Corporation* e la *Chrysler Canada* contro Marco Gambazzi – c.d. *second defendant* – disponendo che

- <sup>23</sup> (i) a specified amount of money;
- (ii) an amount of money to be decided by the court;
- (iii) delivery of goods where the claim form gives the defendant the alternative of paying their value; or
- (iv) any combination of these remedies.

<sup>24</sup> Ricorrendo una delle ipotesi di cui alla CPR 3.5, "where (a) the court makes an order which includes a term that the statement of case of a party shall be struck out if the party does not comply with the order; and (b) the party against whom the order was made does not comply with it".

"This action having on the 13th day of October 1998 come on before the Court on Motion on behalf of the Plaintiffs for an *unless order* granting the Plaintiffs liberty to enter judgment against the said Second Defendant in the event that the said Defendant failed to comply with terms of the said Order; and the Court after hearing Counsel for the Plaintiffs and Counsel for the Second Defendant and having ordered, in the event that the said Defendant failed to comply with the terms of the said Order, that the Plaintiffs be at liberty to enter judgment against the Second Defendant for damages to be assessed in respect of the Plaintiffs' claims in conspiracy referred to in paragraphs 18 to 67 and 182-184 of the Statement of Claim herein, save and excepting those payments as listed in Schedule 5 of the Statement of Claim in respect of which an account has been ordered under the said Order"

e che

"It is this day adjudged that the Second Defendant, having failed to comply with the terms of the said Order, do pay the Plaintiffs damages to be assessed together with the cost of this action to be taxed on the indemnity basis".

Un provvedimento in cui carenti sono la verifica della fondatezza della domanda<sup>25</sup> e, per l'effetto, una motivazione a corredo del responso giudiziale, la sottoscrizione del giudice<sup>26</sup>, nonché gli elementi identificativi della domanda che sono individuati mediante un mero rinvio alla *claim*<sup>27</sup>: l'assoluta impossibilità di indi-

<sup>25</sup> STELLA, *Default judgment* inglese, cit., 173, nt. 4, richiamando JACOB, *England*, in CAPPELLETTI-GARTI (a cura di) *Accesso to justice. A World Survey*, I, Alphen aan den Rijn, Milano, 1978, 430 mette in luce che la dottrina inglese non ravvisa nell'attività giurisdizionale la funzione di *ius dicere*: sul punto si v. i dati riportati in BALDWIN, *The enforcement of judgments in undefended claims in the civil courts in England and Wales*, cit., 356 che da atto che il 95% delle decisioni inglesi è un *default judgment*.

<sup>26</sup> Il difetto di sottoscrizione giudiziale, previsto dall'ultimo comma dell'art. 161 c.p.c. determina, nel nostro ordinamento, un vizio assoluto e insanabile, che può essere rilevato in ogni tempo: v. MARTINETTO, *Della nullità degli atti processuali*, *Commentario Allorio*, I, 2, Torino, 1973, 1644. Più di recente v. POLI, *Commento sub art. 161*, in COSSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile. Commentario*, cit., 2012 ss. Sul tema, più in generale, v. BISSO, *La sentenza civile inesistente*, Torino, 1997, *passim*. Nel senso poi che la firma del cancelliere non valga a sanare l'eventuale impossibilità di individuare il giudice in un caso in cui la sottoscrizione consista in una mera linea v. Cass. 9 giugno 2000, n. 7928.

<sup>27</sup> Non è, infatti, dato desumere dalla lettura della decisione quale sia la fattispecie giuridica costitutiva posta a fondamento del provvedimento di condanna: per questo

viduare il fondamento della pronuncia di condanna al risarcimento dei danni (la cui quantificazione è rimessa ad una statuizione successiva) sulla base del solo provvedimento giurisdizionale induce a dubitare della stessa tenuta del giudicato in un processo successivo in cui sia sollecitato l'esame giudiziale di una domanda anche solo parzialmente identica<sup>58</sup>.

Se si esamina attentamente la decisione resa nella vicenda in esame, ci si avvede immediatamente di come il *judgment* sia atto di parte, e più precisamente, dell'avvocato di parte attrice: la decisione è, infatti, sottoscritta dal Sig. *Llewelyn Zietman Solicitor for the Plaintiffs* sul quale un ausiliario del giudice – c.d. *Master*<sup>59</sup> – appone un timbro dopo aver verificato la regolarità dell'istanza presentata.

Nella sostanza, dunque, una decisione che prende atto del mancato adempimento dell'*unless order* e per l'effetto dispone che le parti convenute paghino i danni richiesti con la domanda giudiziale oltre alle spese e tasse determinate per legge<sup>60</sup>. *Sic et*

rilievo v. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenza straniera con motivazione omessa o insufficiente*, in *Int'l Lis*, 2011, 128.

<sup>58</sup> Nel senso che il *default judgment* non è idoneo ad essere fatto valere *by way of issue estoppel*, ANDREWS, *English civil Procedure*, Oxford, 2003, 503 richiamato da D'ALESSANDRO, *La Corte d'appello di Milano rigetta il default judgment emanato nel caso Gambazzi compatibile con l'ordine pubblico processuale italiano*, in *Int'l Lis*, 2011, 150.

<sup>59</sup> Ai sensi della CPR 2.4, "Where these Rules provide for the court to perform any act then, except where an enactment, rule or practice direction provides otherwise, that act may be performed – a) in relation to proceedings in the High Court, by any judge, Master or district judge of the Court (...)" Si legge nel *Civil procedure: the white book service*, cit., I, 32 che "in modern times the jurisdiction of lesser judicial officers to hear and determine claims has been established and increased (...) Most of the acts which the court may perform in accordance with rules are not performed at the trial or hearing of a claim but at other stages of proceedings. Consequently, the circumstances in which such acts cannot be performed by a lesser judicial officer, and must be performed by a judge, can be regarded as exceptional": una giurisdizione dunque affidata non solo ai giudici, ma in buona parte al personale amministrativo assimilabile ai nostri cancellieri. Per un approfondimento storico del ruolo del *Master* v. anche GUYARD DE KERSTMAÏ, *Le rôle du Master dans l'instruction du procès civil en Angleterre*, Milano-Bruxelles, 1981, *passim*; VARANO, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milano, 1973, 207 ss., spec. nota 31.

<sup>60</sup> Privo dunque degli elementi essenziali della decisione: v. nel nostro ordinamento l'art. 132 c.p.c. che individua il contenuto della sentenza. Di recente v. VULLO, *Commento sub art. 132*, in COSSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile. Commentario*,

*simpliciter*, con buona pace di tutti coloro che nella decisione del giudice, ed in particolare nella parte motiva, ricercano le ragioni in virtù delle quali il giudice è giunto ad un responso di accoglimento o rigetto della pretesa avanzata in giudizio sulla base degli elementi in fatto e in diritto allegati in giudizio. L'assoluta assenza di una cognizione giudiziale sul merito della domanda contraddistingueva anche il successivo provvedimento di *assessment of Damages* pronunciato il 17 marzo 1999 da *Master Winegarten* della *Chancery Division* della *High Court of Justice* il quale preso atto che

"the Court having directed that the Assessment of Damages pursuant to the Judgment herein dated 10 December 1998 do proceed forthwith and upon the said assessment of Damages and upon the taking of the account directed by the Order herein dated 13 October 1998 and upon hearing Solicitor for the Plaintiffs it is certified that the amount of Damages and interest thereon assessed pursuant to the said Order and Judgment and to which the Plaintiffs are entitled from the Second Defendant amount to Can \$ 169,752,078 and US \$ 129,974,770 as set out in the Schedule hereto"

oltre a Can \$ 71,595,530 di interessi e ordinava che

"the Second defendant do pay to the Plaintiffs the said sums of (a) Can \$ 169,752,078 (b) US \$ 129,974,770 (c) Can \$ 71,595,530 and that the Second Defendant do pay the Plaintiffs their costs of the Assessment of Damages and Account, to be taxed forthwith on an indemnity basis, if not agreed".

Il provvedimento d'individuazione del *quantum* della condanna non venne neppure – come già per la decisione di condanna generica – sottoscritto dal *Master Winegarten*, ma semplicemente timbrato e successivamente notificato all'avvocato del convenuto Marco Gambazzi.

Ancora una volta, dunque, un atto la cui paternità non solo non è ascrivibile ad un giudice in senso stretto, ma non è neppure

cit., 1503 ss. Tutto ciò premesso viene il legittimo sospetto che la decisione non appartenga necessariamente a quelle utilizzabili per il riconoscimento; per delineare la nozione di decisione riconoscibile si rinvia a CARRATTA, *La sentenza civile straniera tra "riconoscimento" ed "esecuzione dell'efficacia"*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Atardi*, Padova, 2009, II, 783 ss.; BARIATTI, *What are judgments under the 1968 Brussels Convention*, *idem*, 831 ss.

sottoscritto: la qualità di decisione giudiziale è integrata da un mero timbro.

#### 4. La compatibilità del *debarment from defending* e del *successivo judgment after striking out without trial* con il diritto al giusto processo

Le conseguenze della "scelta" di non difendersi conducono all'accoglimento automatico della domanda attrice: sono esorbitanti, non proporzionate all'illecito posto in essere dai convenuti e contrastano con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo implicando la negazione del diritto d'accesso ad un tribunale<sup>61</sup>.

Queste, nella sostanza, le difese del Gambazzi che, opponendosi all'*unless order* del 10 luglio 1998, rilevava che privare il convenuto del diritto di difendersi nel merito e per l'effetto consentire all'attore di ottenere automaticamente una decisione favorevole sarebbe contrario ai principi del giusto processo sanciti dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>62</sup> in quanto "*in*

<sup>61</sup> Sebbene non applicabile nel caso in esame occorre – sul punto si veda il richiamo già svolto supra cap. II, par. 2, alla nota 20 – rammentare che nell'ottobre 2000 è entrato in vigore *The Human Rights Act 1998* che ha reso la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali direttamente applicabile dai giudici inglesi. Sul tema v. ampiamente ZUCKERMAN, *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of practice*, cit., 72 ss.; ID., *L'influenza della convenzione europea dei diritti dell'uomo sul processo civile inglese*, in TARUFFO-VARANO (a cura di) *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, a cura di, Torino, 2002, 119; ANDREWS, *Andrews on civil processes*, cit., 809 ss.; SPERTI, *Alcune riflessioni sull'applicazione dello Human Rights Act in Gran Bretagna a pochi mesi dalla sua entrata in vigore*, in TARUFFO-VARANO (a cura di) *Diritti fondamentali*, cit., 163 ss.; JAMES-KAY-BRADLEY, *European Human Rights Law: Text and Materials*, 3th ed., Oxford, 2008, *passim*; CLAYTON-TOMLINSON, *The law of Human Rights*, 2th ed., Oxford, 2008, *passim*.

<sup>62</sup> Firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed entrata in vigore il 3 settembre 1953. La tutela del giusto processo in ambito europeo è oggi garantita anche dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 dai presidenti di Parlamento europeo, Consiglio e Commissione e diventata parte integrante del diritto dell'Unione europea per effetto del Trattato di Lisbona. In precedenza già l'art. 6 del Trattato di Maastricht, così come modificato dal Trattato di Amsterdam, ribadiva che "*l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea*". Per un'approfondita analisi della disposizione

*the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law*"<sup>63</sup>.

Segnatamente, nella ricostruzione offerta dalla difesa del Gambazzi, il *judgment without trial* sarebbe legittimo e proporzionato solo nell'ipotesi in cui il giudice verificasse che il mancato rispetto dell'ordine giudiziale, in sé considerato, potrebbe pregiudicare il diritto ad un giusto processo: ciò premesso, poiché il suo parziale inadempimento al *disclosure order* non condizionava la possibilità di un *fair trial*, la sua estromissione forzata dal giudizio era soluzione del tutto sproporzionata. A sostegno delle allega-

richiamata v. TROCCA, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, 107 ss.; ID., *L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Corte europea e diritti dei privati*, VITTORI (a cura di), Padova, 2002, 381 ss. Nel nostro ordinamento i principi del giusto processo sono, a partire dal 2000, consacrati nell'art. 111 Cost. Nel senso, tuttavia, che alla Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti fondamentali non si potesse negare, già prima delle più recenti evoluzioni sia legislative che giurisprudenziali, il valore di fonte primaria del diritto processuale, anche se non di rango costituzionale, e che le garanzie fondamentali del processo enunciate dalla medesima esprime costituissero il substrato comune del diritto processuale civile degli Stati membri v. TARZIA, *L'ordine europeo del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 902 ss. ed ora in AA. VV., *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Azzurri*, Padova, 2009, I, 65 ss., spec. 68; si v. anche ID., *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1 ss. Per un esame dei rapporti fra *default judgments* inglesi e diritto ad un giusto processo si v. anche i rilievi di STELLA, *Default judgments inglesi alla prova dell'ordine pubblico processuale europeo, tra anelli deflattivi esasperati e superiori istanze di un'ogiva tutela del consumatore*, cit., 171 ss. ed ivi spec. nota 2 per l'esame dell'evoluzione che ha portato al recepimento, in seno all'Unione europea, dei principi del giusto processo ed in particolare del diritto ad un ricorso utile ed effettivo. Più di recente nel senso che solo l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea godrebbe di applicabilità diretta ed immediata da parte dei giudici nazionali a differenza dell'art. 6 CEDU v. le note sentenze della Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349 e più di recente Corte cost. 11 marzo 2011, n. 80 nonché Corte di giustizia, sentenza 24 aprile 2012, causa C-571/2010, *Kamberaj*, punto 62.

<sup>63</sup> In modo analogo la nostra giurisprudenza ha avuto modo di affermare che, con riferimento alle norme processuali, il concetto di giusto processo è riferibile ai principi inviolabili, posti nell'ordinamento, a garanzia del diritto di difesa, per tali intendendosi gli istituti del processo civile, i quali, per la loro portata sostanziale, assicurano alle parti una sufficiente ed adeguata tutela giurisdizionale e si identificano negli elementi essenziali del diritto di agire e di resistere in giudizio: così Cass. 13 dicembre 1999, n. 13928, in *Riv. dir. internat. priv. e proc.*, 2000, 1065.



zioni riportate richiamava una decisione del giudice *Laddie J.* in *Re Swaptronics Ltd*<sup>64</sup> che – in una controversia fra moglie e marito in cui l'*unless order* era stato pronunciato a corredo di un ordine di notifica e scambio di documenti tra i medesimi – osservava:

*"that disobedience of an unless order is never by itself sufficient to justify dismissal; to do so the disobedience, he thought, must be such as to impede a fair trial. In serious case of disobedience, he thought, the right sanction should be committal for contempt, not dismissal. (...) Dismissing a party's case and thereby raking a miscarriage of justice, would be an inappropriate and disproportionate response to an incident of non-compliance with an order of the court. (...) dismissing a claim or defence for non-compliance with an order, when fair trial is possible, would amount to a violation of the ECHR Art. 6 right to a fair trial"*.

L'orientamento richiamato pone in evidenza l'importanza che la sanzione posta a garanzia del rispetto dell'*unless order* debba essere proporzionata alla violazione e in ogni caso volta a garantire il *fair trial* e non ad impedirlo.

La compatibilità del *debarment from defending* e del *successivo judgment after striking out* con il *fair trial* non è invero mai stata esaminata dal giudice di Strasburgo. Nei casi *Osman c/Regno Unito*<sup>65</sup> e *Z c/Regno Unito*<sup>66</sup> la Corte europea dei diritti dell'uomo è stata richiesta di valutare la compatibilità con l'art. 6 CEDU del *judgment after striking out* pronunciato a fronte di una domanda manifestamente infondata – *claim or defence groundless*<sup>67</sup>: se nel caso *Osman* la Corte ha condannato il Regno Unito per non essere stata esaminata la domanda nel merito in ragione di un difetto della normativa sostanziale – non già processuale – che conferiva alla polizia una immunità totale da responsabilità per negligenza<sup>68</sup>, nella decisione *Z v c/Regno Unito* (2001) lo *striking out*

<sup>64</sup> Decisione del 24 luglio 1998 non pubblicata, ma successivamente richiamata quale precedente in *Arrow Nominees Inc. and Anor v. Blackledge and Ors*, *The Times*, cit. che ne conferma il contenuto e riportata anche da ZUCKERMAN, *Dismissal for disobedience of peremptory orders – an imperative of fair trial*, cit., 13.

<sup>65</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 ottobre 1998, §§ 147-149.

<sup>66</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 maggio 2001.

<sup>67</sup> CPR 3.4. (2) *The court may strike out a statement of case if it appears to the court – (a) that the statement of case discloses no reasonable grounds for bringing or defending the claim.*

<sup>68</sup> La condanna "was based on an understanding of the law of negligence which has

*when the statement of case discloses no reasonable ground for bringing or defending the claim* è stato ritenuto compatibile con il sistema di tutela del diritto al giusto processo così come applicato dalla medesima Corte:

*"there is no reason to consider the striking out procedure which rules on the existence of sustainable causes of action as per se offending the principle of access to a court. In such a procedure, the plaintiff is generally able to submit to the court the arguments supporting his or her claims on the law and the court will rule on those issues at the conclusion of an adversarial procedure"*<sup>69</sup>.

Alcun responso della Corte di Strasburgo si è invece avuto sul *judgment* reso in seguito alla sanzione del *debarment from defending* per mancato adempimento di un ordine giudiziale. È, peraltro, stato ripetutamente affermato che le garanzie processuali di cui all'art. 6 CEDU possono essere soggette a limitazioni al fine di garantire un regolare procedimento anche se non possono essere compromesse e violate nel loro contenuto essenziale<sup>70</sup>:

*"the right of access to the courts is not absolute but may be subject to limitations (...) Nonetheless, the limitations applied must not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired (...) Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 para. 1 (art. 6-1) if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved"*<sup>71</sup>.

*to be reviewed in the light of the clarification subsequently made by the domestic courts and notably by the House of Lords"; v. § 100 della decisione Z. v. c/Regno Unito, cit. in cui si sintetizza il responso della Corte in Osman v. c/Regno Unito, cit.*

<sup>69</sup> Punto 97 della decisione *Z. v. c/Regno Unito*, cit.

<sup>70</sup> In questi termini anche la dottrina inglese ZUCKERMAN, *Zuckerman on Civil Procedure*, cit., 78-79. V. anche BLAIR, *op. cit.*, 361 secondo cui se la sanzione è legittima e proporzionata non vi può essere violazione del diritto di accesso ad un tribunale ai sensi dell'art. 6 CEDU così come affermato nella decisione *Momian v. Azeet* (2009) EWCA Civ. 202.

<sup>71</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo *Ashingdane v. UK*, sentenza 28 maggio 1985, § 57; in modo analogo Corte europea dei diritti dell'uomo *Waite et Kennedy, c/Germania* 18 febbraio 1999, § 59; Corte europea dei diritti dell'uomo *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c/Germania*, 12 luglio 2001, § 44; v. anche casi *Osman* e *Z c/Regno Unito* supra richiamati.

Se è sicuramente accoglibile l'osservazione secondo cui "No reasonable interpretation of ECHR, Art. 6 can possibly assume that a fair trial is a rule-free trial"<sup>72</sup> è altrettanto vero che l'adempimento parziale di una misura cautelare – volta a garantire l'effettività dell'esecuzione di una sentenza di condanna solo eventuale – non pare opportunamente sanzionabile con l'estromissione dal processo e, per l'effetto, la soccombenza nel merito della domanda.

Le difese del Gambazzi non furono tuttavia accolte dal giudice Rattee: dopo aver rilevato che il Gambazzi era già stato estromesso dal processo per non aver ottemperato agli *unless orders* pronunciati a luglio e, pertanto, non aveva più senso discutere della revoca di un provvedimento la cui sanzione si era già realizzata<sup>73</sup>, non esitò ad affermare che l'eccezione allegata era del tutto priva di ogni fondamento:

*"I do not accept that it can be said with any degree of sense that a defendant is deprived of such right by the Court's debarring him from defending only because he deliberately refuses to comply with orders of the Court made in the self same proceedings. It is he who deprives himself of the right to a trial by deliberately acting in contempt of Court"*.

Nella ricostruzione offerta dal giudice inglese è, dunque, la parte che sceglie di essere estromessa dal giudizio: è responsabile della propria condotta processuale e ne subisce le conseguenze anche gravi.

In modo analogo si è espressa la dottrina inglese secondo la quale nell'assetto processuale disegnato dalle nuove CPR occorre contemperare il rispetto di tre imperativi tutti ugualmente rile-

<sup>72</sup> ZUCKERMAN, *Dismissal for disobedience of peremptory orders – an imperative of fair trial*, cit., 15 nel chiedersi se "it is fair that a litigant should be denied the possibility of prosecuting or defending a right simply because he has failed to conform with a peremptory order, or indeed any rules of process" rileva che "we must start by observing that a legal process of adjudication requires rules; a process with no rules leads to arbitrariness. It follows that a right to a fair trial is a right to invoke a process according to the rules. The rules define what a litigant is entitled to expect from the process. If the rules are otherwise fair, then the process they establish is also fair". In altri termini "a right to a fair trial is not free of conditions; to benefit from it the litigant has to follow the rules".

<sup>73</sup> Per ottenere la revoca della quale può essere proposta la *motion to obtain relief* ai sensi della CPR 3.9 su cui v. *infra* in questa sezione cap. IV.

vanti: l'esigenza che nel processo si accerti la verità – e quindi che la controversia sia decisa mediante il *trial* –, la necessità che il processo si concluda entro un ragionevole lasso di tempo – *justice delayed is justice denied* – e l'opportunità che questi obiettivi siano raggiunti con le risorse disponibili che sono necessariamente limitate in quanto devono essere equamente distribuite tra tutti gli aventi diritto<sup>74</sup>.

Ne consegue che "throwing out a case for serious and persistence non compliance with process requirements is an imperative of a fair trial"<sup>75</sup>.

Questa interpretazione del dato legislativo peraltro non convince pienamente. Se, infatti, pare legittimo prevedere che la parte che non collabora con il giudice, o meglio, non rispetta le regole processuali o i *court orders* sia sanzionata anche – ma solo in casi molto gravi – mediante la privazione del diritto di difendersi partecipando al giudizio<sup>76</sup>, meno ragionevole pare riconoscere all'attore il diritto di ottenere una decisione di condanna senza che il giudice sia chiamato a svolgere una cognizione, neppure sommaria, del merito della causa. Se nel *judgment by default* di cui alla CPR 12 il fondamento del potere giudiziale di accordare all'attore quanto ha fatto valere in giudizio è rinvenuto nella rinuncia del convenuto a che la domanda attorea sia oggetto di cognizione sul merito<sup>77</sup>, in virtù dell'esercizio di un diritto riconosciuto dall'ordinamento, nel caso che si esamina la situazione è ben diversa.

<sup>74</sup> ZUCKERMAN, *Dismissal for disobedience of peremptory orders – an imperative of fair trial*, cit., 16.

<sup>75</sup> Con particolare riguardo al *peremptory order* la dottrina osserva che "if a peremptory order was fair, reasonable and proportionate in the first place, its consequence will be equally fair, reasonable and proportionate once a default has occurred, except where the party in question could not be blamed for the default. Accordingly, faced with an application for relief from sanctions, the court should not approach the matter as if it was making an original decision about the consequences of the default or as if it were dealing with an application for an extension of time. Rather, it must consider whether there are any factors, of which the court making the order could not have been made aware, that render the imposition of the consequences unfair"; così ZUCKERMAN, *How seriously should unless orders be taken?*, cit., 6-7.

<sup>76</sup> Vedendosi a trovare in una situazione analoghi a quella del nostro contumace.

<sup>77</sup> Ciò accade per lo più laddove il convenuto, nella consapevolezza di avere torto, non ha interesse ad aggravare la propria posizione debitoria con gli alti costi del processo inglese.

Laddove il convenuto non ottemperi ad un *disclosure order* – nel nostro caso tra l'altro parzialmente e giustificando il proprio comportamento sulla base del diritto a non autoincriminarsi ed all'impossibilità di accedere ai documenti sequestrati dalla procura svizzera – la sua estromissione forzata dal processo non incide in alcun modo sull'attuazione della misura cautelare che resta inadempita: la sanzione non è strutturata in modo da incentivare e garantire l'attuazione dell'ordine disposto. Il *disclosure order* è, infatti, funzionale all'attuazione della sentenza di condanna che potrebbe anche non essere pronunciata.

Sanzionare la parte al punto da ritenere lecita una condanna priva della cognizione sul merito, in ragione della mancata attuazione di una misura cautelare, pare quindi non proporzionato alla circostanza che il diritto dell'attore potrebbe non essere fondato; la valutazione della sussistenza di un *good arguable case*<sup>78</sup>, svolta dai giudici inglesi in sede di concessione della misura cautelare, è elemento solo indiziario della fondatezza della domanda come peraltro espressamente ammesso dal giudice Rattee all'udienza del 10 luglio:

*"Whether that case will be made out at an eventual trial of the action of course is entirely another matter"*.

Sotto un diverso profilo, la sanzione del *debarment from defending* in uno con il diritto dell'attore di ottenere la decisione favorevole sul merito della domanda neppure incide sulla possibilità per l'attore di ottenere un provvedimento che sia passibile di esecuzione in quanto tale risultato è conseguibile solo grazie all'attuazione della misura cautelare<sup>79</sup>. Non è, peraltro, l'ipotesi che ricorre nel caso di specie in quanto il parziale adempimento del Gambazzi al *disclosure order* ha consentito agli attori di individuare beni da aggredire in diversi paesi europei, e non solo, in cui

<sup>78</sup> Su cui vedi *supra* cap. II, par. 1.

<sup>79</sup> Le difficoltà incontrate nell'attuare i *default judgments* è segnalata da BALDWIN, *The enforcement of judgments in undefended claims in the civil courts in England and Wales*, cit., 354 ss. il quale, significativamente, scrive *"A default judgment is an order of the court, but it is still only a piece of paper. If the defendant chooses to ignore it, then it is up to the claimant to decide whether to take any action to enforce it"* allegando a tal fine dati precisi risultanti da uno studio condotto dal *Department of Constitutional Affairs*.

sono stati chiesti il riconoscimento e la dichiarazione di esecutività delle decisioni inglesi<sup>80</sup>.

Il rispetto del giusto processo è, infine, rilevante anche rispetto al diverso principio – a cui peraltro il Gambazzi non accenna – secondo cui tutte le decisioni giudiziali devono essere motivate: *the duty to render reasoned decisions* è affermato sia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>81</sup> che dalla dottrina e giurisprudenza inglese senza alcuna incertezza<sup>82</sup>.

Il punto è stato più di recente approfondito dalla Corte di giustizia nel caso *Trade Agency* che sarà esaminato nell'ultima sezione della presente trattazione.

<sup>80</sup> Per la cui trattazione v. *infra* sezione II.

<sup>81</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Hirvisaari v. Finlandia*, 25 dicembre 2001, § 30; da ultimo Corte europea dei diritti dell'uomo, *Hansen v. Norvegia*, 2 gennaio 2015, § 60.

<sup>82</sup> In dottrina v. ANDREWS, *Andrews on civil processes*, cit., 783 ss. ed in particolare alla nota 1 per i riferimenti di dottrina; in giurisprudenza v. *Bond v. Dunster Properties Ltd* [2011] EWCA Civ 455 punto 4; *English v. Emery Reinhold & Strick Ltd* [200] EWCA Civ 605; [2002] 1 WLR 2409, CA punto 12.

IN THE HIGH COURT OF JUSTICE  
CHANCERY DIVISION  
BETWEEN



245

(1) THE CANADA TRUST COMPANY  
(acting in its capacity as Trustee of the Chrysler Canada Ltd.'s Strategic Plan, the  
Chrysler Canada Ltd. Master Trust Fund, the Chrysler Canada Ltd. Non-  
Canadian Master Trust Fund and the Master Family Dividend Master Trust  
Fund)

(2) ROYAL TRUST CORPORATION OF CANADA  
(acting in its capacity as Trustee of Chrysler Canada Ltd.  
Strategical Management Trust Fund)

(3) CHRYSLER CANADA LTD

Plaintiff



(4) WOLFGANG OTTO STOLZENBERG  
(5) MARCO GAMBACCI  
(6) KARSTEN BODO VON WERSBERG  
(7) EDWIN BÄNDIGER  
(8) CORVAL CO INC



(9) FORTISSE INVESTMENT LTD INC  
(10) REALETARBEJDSMÆTTET TRUSTFOND ANSTALT  
(11) INTERGLOR INVESTMENT ANSTALT  
(12) OVERHORN RUMHOLD FINANCE UND BROSCHLER ANSTALT  
(13) MORA HOTEL CORPORATION NV  
(14) INDOPOLATEX GMBH  
(15) RAILINO INTERNATIONAL FINANCE NV  
(16) GLOBAL MANAGEMENT LIMITED  
(17) BOGREN FINANSIERA SA  
(18) CEAM SA

(19) ALLARION CORPORATION NV  
(20) YOMALY INVESTMENT INC  
(21) BORDEN INVESTMENT SA  
(22) MONOROCO HOLDING CORP  
(23) SINALABE SA

(24) OCEANOCEAN TRADING CORPORATION  
(25) TRADE RETRIEVER CORPORATION  
(26) CASTAL ANSTALT

(27) GERALD OVERSEAS NV  
(28) CERAL HOLDING INC  
(29) GEPFA CORPORATION  
(30) BARLING FINANCE CORPORATION  
(31) BARLING INTERNATIONAL NV  
(32) LANCHEI SECURITIES INC  
(33) SIMONS & SIMONS  
(34) S C WARRING & CO LTD



(35) CENTURY HOLDINGS LTD  
(36) TRINITY CAPITAL CORPORATION  
(37) PAGAYLANCA HOLDINGS LIMITED  
(38) CENTVEST HOLDINGS LTD  
(39) EMBRETT HOLDINGS LTD

Defendant



HAVE AND ENTERED the 18th day of December 1998

THE ACTION being on the 18th day of October 1998 came on before the Court on  
motion on behalf of the Plaintiff for an order compelling the Defendant to comply  
with the terms of the said Order, for the Plaintiff to be added to the said Order  
and for judgment against the said Defendant in the event that the said Defendant  
failed to comply with terms of the said Order.

AND the Court after having viewed the said Order and being satisfied that the said  
Defendant and being advised, in the event that the said Defendant failed to comply  
with the terms of the said Order, for the Plaintiff to be added to the said Order  
and for judgment against the said Defendant for damages to be assessed in respect of the Plaintiff's  
claim in compliance referred to in paragraphs 18 to 47 and 132-134 of the Statement of  
Claim herein, were well accepting those provisions as listed in Schedule 2 of the  
Statement of Claim in respect of which an account has been entered under the said  
Order.

IT IS THIS DAY ADJUDGED that the Defendant, being failed to comply  
with the terms of the said Order, do pay the Plaintiff damages to be assessed together  
with the costs of this action to be taxed to the Plaintiff's costs.

Wendy Brown



IN THE HIGH COURT OF JUSTICE  
 CHANCERY DIVISION  
 Matter between  
 Defendant, THE LIBRARY OF MEXICO LTD  
 BETWEEN

(1) THE CANADA TRUST COMPANY  
 (acting in its capacity as Trustee of the Chrysler Canada Ltd's  
 Bonds Plus, the Chrysler Canada Ltd. Master Trust Fund, the  
 Chrysler Canada Ltd. Non-Canadian Master Trust Fund and the  
 Nelson Family Mexico Master Trust Fund)

(2) ROYAL TRUST CORPORATION OF CANADA  
 (acting in its capacity as Trustee of Chrysler Canada Ltd  
 Supplemental Guaranteed Bonds Plus)

(3) CHRYSLER CANADA LTD  
 (Plaintiff)

(4) WOLFGANG OTTO VON ZIEGLERBERG  
 (5) MARCO GAMBALZI  
 (6) KARSTEN BOGO VON WERNER  
 (7) EDWIN RUDOLPH  
 (8) CORVAL CO INC  
 (9) FROSTHE INVESTMENT LTD INC  
 (10) SEAN-DEAN INVESTMENT TRUSTFUND ASSAULT  
 (11) INTERGLOB INVESTMENT ANSTALT  
 (12) OVERSEAS HANDELS-EDWANG UND DISKONTOGEBIERSCHAFT  
 (13) NINJA HOTEL CORPORATION NV  
 (14) LINDORATEX GMBH  
 (15) BAILEND INTERNATIONAL FINANCE NV  
 (16) GLOBAL MANAGEMENT LIMITED  
 (17) BOGRIN FINANCIERA SA  
 (18) GRAN SA  
 (19) ALLARKON CORPORATION NV  
 (20) VOSALY INVESTMENT INC  
 (21) ROHIFER INVESTMENT SA  
 (22) MOROCCO BUILDING CORP  
 (23) BENALIRISA  
 (24) CHARBOCLEAN TRADING CORPORATION  
 (25) TRADE RETRIEVER CORPORATION  
 (26) CANTAL ANSTALT  
 (27) CERAD OVERSEAS NV  
 (28) CERAD HOLDINGS AG  
 (29) CERFA CORPORATION

By Edward Johnson, Solicitor for the  
 Plaintiff, certify that the above list  
 complies with the Order of the  
 Honorable Mr Justice Doherty dated 22  
 July 1988 for support and that the  
 said Defendant has failed to comply  
 with the terms of the Order within the time  
 set therein.

Dated 30 December 1988

Edward Johnson  
 Solicitor General  
 100 King Street West  
 Toronto, Ontario  
 M5X 1C4

By Edward Johnson, Solicitor for the  
 Plaintiff, certify that the above list  
 complies with the Order of the  
 Honorable Mr Justice Doherty dated 22  
 July 1988 for support and that the  
 said Defendant has failed to comply  
 with the terms of the Order within the time  
 set therein.

Dated 30 December 1988

Edward Johnson  
 Solicitor General  
 100 King Street West  
 Toronto, Ontario  
 M5X 1C4

IN THE HIGH COURT OF JUSTICE  
 CHANCERY DIVISION  
 Matter between  
 Defendant, THE LIBRARY OF MEXICO LTD  
 BETWEEN

(1) THE CANADA TRUST COMPANY  
 (acting in its capacity as Trustee of the Chrysler Canada Ltd's  
 Bonds Plus, the Chrysler Canada Ltd. Master Trust Fund, the  
 Chrysler Canada Ltd. Non-Canadian Master Trust Fund and the  
 Nelson Family Mexico Master Trust Fund)

(2) ROYAL TRUST CORPORATION OF CANADA  
 (acting in its capacity as Trustee of Chrysler Canada Ltd  
 Supplemental Guaranteed Bonds Plus)

(3) CHRYSLER CANADA LTD  
 (Plaintiff)

(4) WOLFGANG OTTO VON ZIEGLERBERG  
 (5) MARCO GAMBALZI  
 (6) KARSTEN BOGO VON WERNER  
 (7) EDWIN RUDOLPH  
 (8) CORVAL CO INC  
 (9) FROSTHE INVESTMENT LTD INC  
 (10) SEAN-DEAN INVESTMENT TRUSTFUND ASSAULT  
 (11) INTERGLOB INVESTMENT ANSTALT  
 (12) OVERSEAS HANDELS-EDWANG UND DISKONTOGEBIERSCHAFT  
 (13) NINJA HOTEL CORPORATION NV  
 (14) LINDORATEX GMBH  
 (15) BAILEND INTERNATIONAL FINANCE NV  
 (16) GLOBAL MANAGEMENT LIMITED  
 (17) BOGRIN FINANCIERA SA  
 (18) GRAN SA  
 (19) ALLARKON CORPORATION NV  
 (20) VOSALY INVESTMENT INC  
 (21) ROHIFER INVESTMENT SA  
 (22) MOROCCO BUILDING CORP  
 (23) BENALIRISA  
 (24) CHARBOCLEAN TRADING CORPORATION  
 (25) TRADE RETRIEVER CORPORATION  
 (26) CANTAL ANSTALT  
 (27) CERAD OVERSEAS NV  
 (28) CERAD HOLDINGS AG  
 (29) CERFA CORPORATION

By Edward Johnson, Solicitor for the  
 Plaintiff, certify that the above list  
 complies with the Order of the  
 Honorable Mr Justice Doherty dated 22  
 July 1988 for support and that the  
 said Defendant has failed to comply  
 with the terms of the Order within the time  
 set therein.

Dated 30 December 1988

Edward Johnson  
 Solicitor General  
 100 King Street West  
 Toronto, Ontario  
 M5X 1C4

By Edward Johnson, Solicitor for the  
 Plaintiff, certify that the above list  
 complies with the Order of the  
 Honorable Mr Justice Doherty dated 22  
 July 1988 for support and that the  
 said Defendant has failed to comply  
 with the terms of the Order within the time  
 set therein.

Dated 30 December 1988

Edward Johnson  
 Solicitor General  
 100 King Street West  
 Toronto, Ontario  
 M5X 1C4

(26) BANKING FINANCE CORPORATION  
 (27) BANKING INTERNATIONAL NY  
 (28) LAMBERT SECURITIES INC  
 (29) SIMMONS & SIMMONS  
 (30) S G WARRING & CO LTD  
 (31) CENTURY HOLDINGS LTD  
 (32) TRINITY CAPITAL CORPORATION  
 (33) CANADIAN HOLDINGS LIMITED  
 (34) CENVEST HOLDINGS LTD  
 (35) EDDYVET HOLDINGS LTD  
 (36) BANCORA S V  
 (37) HEAVY COMPANY LIMITED  
 (38) ORYANAK ET ASSIEMMENT  
 (39) MOON PROPERTIES S.A.  
 (40) THOMPSON ARSALY  
 (41) RIVINGTON OVERSEAS S.A.  
 (42) CARRBOR S.A.  
 (43) TRIVANUS LIMITED  
 (44) LORUS ASSOCIATES S.A.  
 (45) PENTAFIN LIMITED  
 (46) HERMANOZZA S.A.  
 (47) WOODSTOCK TRADING CORPORATION  
 (48) BAMBICO INVESTMENT S.A.  
 (49) MONARCH INVESTMENTS S.A.

*Defendants*

**ORDER**

**THE COURT HAVING DIRECTED** that the Assessment of Damages pursuant to the Judgment herein dated 23 December 1988 be given forthwith

**AND UPON THE SAID ASSESSMENT** of Damages

**AND UPON THE TAKING OF THE ACCOUNT** directed by the Order herein dated 17 October 1988

**AND UPON HEARING** evidence for the Plaintiffs

**IT IS CERTIFIED** that the amount of Damages and interest therein assessed pursuant to the said Order and Judgment and so which the Plaintiffs are entitled to

2

the Second Defendant amount to Cdn\$18,712,279 and US\$10,626,770 as set out in the Schedule herein

**AND THE COURT DECLARES** that the amount due to the Plaintiffs from the Second Defendant upon the taking of the Account directed by the said Order is Cdn\$1,871,188 and Cdn\$7,718,271 amount to the sum of two million (Two million) dollars Cdn\$1,871,188

**AND IT IS ORDERED** that

1. that the Second Defendant do pay to the Plaintiffs the said sum of
  - (a) Cdn\$18,712,279,
  - (b) US\$10,626,770,
  - (c) Cdn\$1,871,188 and
2. that the Second Defendant do pay to the Plaintiffs the costs of the Assessment of Damages and Account, to be taxed forthwith as an ordinary basis, if not agreed
3. that the Order herein be served upon William Cyril of Wells Street, 80 Upper Street, Singapore, London N1 0NL, pursuant to Order 43 Rule 5(1)(c)



3

*Chas. Scasconi*  
 CALCULATION OF LOSSES CLAIMED AGAINST THE DEFENDANT DEFENDANT

BANKERS' A/C DEBIT AND CREDIT		
<b>A. Current Deficit</b>		
Principal	CHF 2,000,000	
Interest to 21.02.04	CHF 117,000	CHF 2,117,000
Interest from 26.02.04 to 04.02.05 inclusive (742 days) 343 x CHF 157,244		CHF 53,934,732
<b>TOTAL DAMAGES AND INTEREST IN CASE</b>		<b>CHF 56,148,732</b>
<b>B. US Deficit</b>		
Principal	USD 75,341,000	
Interest to 21.02.04	USD 4,400,000	USD 79,741,000
Interest from 24.02.04 to 04.02.05 inclusive (742 days) 343 x USD 17,244		USD 5,914,732
<b>TOTAL DAMAGES AND INTEREST IN CASE</b>		<b>USD 85,655,732</b>
<b>Account</b>		
Principal	CHF 377,100	
Interest to 21.02.04	CHF 1,740,000 CHF 234,120	CHF 246,000
Interest from 26.02.04 to 04.02.05 inclusive (742 days) 343 x CHF 647		CHF 221,401
<b>TOTAL USD OFF TAKING OF ACCOUNT</b>		<b>CHF 497,501</b>

**CAPITOLO IV**  
**LE ISTANZE TO OBTAIN RELIEF FROM SANCTION**  
**E TO SET ASIDE THE JUDGMENT ENTERED**  
**AFTER STRIKING OUT**

di Elena Benigni

**SOMMARIO:** 1. Le istanze presentate da *Mora* e *Chascona*. - 2. Il *relief from sanction*. - 3. L'appello contro la decisione resa sull'istanza presentata ai sensi della CPR 3.9. - 4. *Setting aside or varying default judgment*. La disciplina di cui alla CPR 13. - 5. La valutazione giudiziale nella controversia che si esamina. - 5.1. La sussistenza di una "real prospect of successfully defending the claim". - 5.2. L'esame delle circostanze elencate alla CPR 3.9.

**1. Le istanze presentate da *Mora* e *Chascona*<sup>1</sup>**

In questo capitolo il nostro approfondimento è rivolto all'esame delle decisioni pronunciate dalla *High Court of Justice* nella persona del giudice *Etherton* in data 3 febbraio 2003 nonché dalla stessa *Court of Appeal* nelle persone dei giudici *Lord Justice Ward*, *Lady Justice Arden* e *Sir William Aldous* in data 30 giugno 2004<sup>2</sup> sulla richiesta di *relief from sanction* proposto dalle società delle Antille olandesi *Mora Hotel Corporation NV* (di seguito *Mora*) e *Chascona NV* (di seguito *Chascona*) che gestivano e possedevano, all'epoca del processo, il *Gorham Hotel* a *New York*. Entrambe le società - in modo analogo a quanto accaduto al *Gambazzi* che curava anche la loro difesa in giudizio - erano state *debarred from defending* per non aver ottemperato al *disclosure*

<sup>1</sup> Al fine della comprensione dei rimedi forniti dall'ordinamento inglese contro il *debarment from defending* e il *judgment by default* si esaminano in questo capitolo le impugnazioni presentate da *Mora* e *Chascona* - convenute nel processo londinese insieme a *Gambazzi* e ad altri *Defendants* (poco più di una trentina) - contro il *judgment by default after striking out* contro di loro pronunciato analogo, quanto a presupposti e contenuto, a quello di *Gambazzi*: quest'ultimo, al contrario, non ha presentato alcuna impugnazione contro i provvedimenti esaminati nel capitolo che precede.

<sup>2</sup> Il contestuale esame di entrambe le decisioni sarà svolto a partire dal par. 4; al fine di agevolare il lettore nella comprensione della vicenda la decisione della *Court of Appeal* verrà riportata esclusivamente laddove si discosti dalle valutazioni operate dalla *High Court of Justice* nella persona del giudice *Etherton*.

*order* e agli *unless orders* contro di loro pronunciati e condannate a pagare le somme quantificate nella domanda introduttiva dalle società canadesi a titolo di risarcimento del danno.

L'azione intrapresa da *Mora* e *Chascona* si caratterizzava per avere un duplice e distinto oggetto. Da un canto si richiedeva il *relief from the sanction*, giusta la CPR 3.9<sup>3</sup>, che, nel caso esaminando, era rappresentato – come oramai ben noto – dal *debarment from defending*; dall'altro le parti aspiravano ad ottenere il *set aside del judgment after striking out*. Segnatamente, l'oggetto delle istanze presentate da *Mora* e *Chascona* era sintetizzato dal giudice *Etherton* nei termini che seguono:

*"These applications ('the Applications') are, in substance, to set aside a judgment entered against Mora on 4<sup>th</sup> February 1999 for CAN\$357,738.21 and US\$386,687.95, and judgments entered on 21<sup>st</sup> October 1999 and 7<sup>th</sup> December 1999, pursuant to which Mora was ordered to pay damages of CAN\$245,701,477.70 and US\$134,325,511.10 and Chascona was ordered to pay damages of CAN\$246,082,660 and US\$134,727,540.30. 2. Those judgments were entered in consequence of the failure of Mora to comply with an 'unless' order made on 13<sup>th</sup> October 1998 by Mr Justice Rattee, and the failure of both Mora and Chascona to comply with an 'unless' order made on 4<sup>th</sup> October 1999 by Mr Justice Rattee. By the Applications, Mora and Chascona also seek relief from the sanction imposed by those orders (the 'unless' orders) that, if they did not comply, they would be debarred from defending the proceedings".*

A fondamento dell'istanza di *relief*, *Mora* e *Chascona* allegavano di poter far valere nel giudizio – che avrebbe avuto luogo in caso di revoca della sanzione del *debarment from defending* – una difesa vincente – *an unanswerable defense* – contro le domande contro di loro avanzate. Sostenevano poi che non vi fossero dubbi che un giusto processo potesse ancora avere luogo – non incidendo sulla possibilità della sua attuazione il "ritardo" lamentato dalle controparti e determinato dalla tardiva impugnazione del provvedimento di condanna – e che le violazioni degli ordini giudiziari non fossero state particolarmente gravi, mentre al contrario sproporzionate fossero state le sanzioni imposte dal Giudice *Rattee*

<sup>3</sup> V. *Privy Council decisions Attorney – General v Universal Projects Limited* [2011] UKPC 37 e *Attorney – General v Matthews* [2011] UKPC 38.

che ben avrebbero potuto essere integrate da pene pecuniarie. Alla luce di quanto allegato concludevano che il mancato accoglimento delle istanze presentate

*"would deprive Mora and Chascona of a very valuable asset and give the Claimants a wholly undeserved windfall" e che "the overriding objective points strongly to the conclusion that Mora and Chascona should be given the opportunity of fighting the case on the merits".*

Il duplice oggetto dell'istanza che, da un canto, perseguiva l'obiettivo di ottenere il *relief* dalla sanzione del *debarment* e dall'altro la revoca del *judgment* che ne conseguì, impose a *Mora* e *Chascona* di provare sia di poter vincere la causa di merito sia la sussistenza dei requisiti individuati dalla CPR 3.9 *to obtain relief from sanction*. In questi termini il giudice *Etherton*:

*"In order to succeed on the Applications, Mora and Chascona must satisfy the Court, not merely that they have a real prospect of successfully defending the claim (comp CPR r.13.3(1) in relation to setting aside default judgments), but that this is an appropriate case, pursuant to CPR r. 3.9, for the grant of relief from the sanction imposed by the 'unless' orders, pursuant to which the judgments against Mora and Chascona were entered (...)"*.

*Mora* e *Chascona* avevano dunque l'onere di dimostrare che, qualora il giudizio di merito avesse avuto luogo, l'accoglimento delle proprie difese sarebbe stato altamente probabile – ai sensi di quanto previsto dalla CPR 13 – e che in ogni caso ricorrevano i requisiti richiesti dalla CPR 3.9 per ottenere il *relief* dalla sanzione comminata.

## 2. Il *relief from sanction*

Si è già descritto che le conseguenze individuate dall'*unless order* si producono automaticamente allo spirare del termine concesso per il suo adempimento. Contro tali sanzioni l'ordinamento inglese consente alla parte di presentare un'istanza per ottenere il *relief from sanction* ai sensi di quanto disposto dalla CPR 3.9<sup>4</sup>: se,

<sup>4</sup> La disposizione è stata di recente – con efficacia dal 1 aprile 2013 – modificata dalle *Civil Procedure (Amendment) Rules 2013*. Il nuovo testo approvato ha ridotto a due i criteri guida che devono essere applicati dal giudice in sede di esame dell'istanza per ottenere il *relief from sanction*: *"On an application for relief from any sanction*



imposed for a failure to comply with any rule, practice direction or court order, the court will consider all the circumstances of the case, so as to enable it to deal justly with the application, including the need – (a) for litigation to be conducted efficiently and at proportionate cost; and (b) to enforce compliance with rules, practice directions and orders” con il dichiarato obiettivo, da parte di Lord Jackson, padre della riforma, di limitare le ipotesi di concessione del relief: “The courts should be less tolerant than hitherto of unjustified delays and breaches of orders. This change of emphasis should be signalled by amendment of CPR rule 3.9”. Sul punto v. Sir RUPERT JACKSON, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, (2010), 367. Sulla riforma v. ZUCKERMAN, *The revised CPR 3.9: a coded message Demanding articulation*, in *C.J.Q.*, 2013, 123 ss.; ANDREWS, *Andrews on civil processes*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013, 205 ss.; LEVY, *Lightening the Overload of CPR 3.9*, in *C.J.Q.*, 2013, 139. Le prime decisioni dei giudici inglesi sono nel senso che “as a general rule, relief will not be granted against sanction unless (i) the non-compliance was trivial or (ii) there was good reason for the default”: v. *Mitchell v News Group Newspapers Ltd* [2013] EWCA Civ 1537; in modo conforme di recente *Newland Shipping & Forwarding Ltd v Toba Trading FZC* [2014] EWHC 210 (Comm). La portata della disposizione richiamata è stata poi chiarita in una recente decisione congiunta di tre istanze – *Utilise TDS Ltd v Davies and others, Denton and others v TH White Ltd and another, and Decadent Vapours Ltd v Bevan and others* [2014] EWCA Civ 906 –: “Factor (a) makes it clear that the court must consider the effect of the breach in every case. If the breach has prevented the court or the parties from conducting the litigation (or other litigation) efficiently and at proportionate cost, that will be a factor weighing in favor of refusing relief. Factor (b) emphasizes the importance of complying with rules, practice directions and orders. This aspect received insufficient attention in the past. The court must always bear in mind the need for compliance with rules, practice directions and orders, because the old law culture of non-compliance is no longer tolerated. Thus, the court must, in considering all the circumstances of the case so as to enable it to deal with the application justly, give particular weight to these two important factors. In doing so, it will take account of the seriousness and significance of the breach (which has been assessed at the first stage) and any explanation (which has been considered at the second stage). The more serious or significant the breach the less likely it is that relief will be granted unless there is a good reason for it. Where there is a good reason for a serious or significant breach, relief is likely to be granted. Where the breach is not serious or significant, relief is also likely to be granted. But it is always necessary to have regard to all the circumstances of the case. The factors that are relevant will vary from case to case. As has been pointed out in some of the authorities that have followed Mitchell, the promptness of the application will be a relevant circumstance to be weighed in the balance along with all the circumstances. Likewise, other past or current breaches of the rules, practice directions and court orders by the parties may also be taken into account as a relevant circumstance”. A commento delle prime decisioni richiamate v. SOEX, *Sanctions after Mitchell*, in *C.J.Q.*, 2014, 133 ss.; HIGGINS, *CPR 3.9: the Mitchell guidance, the Denton revision and why coded messages don't make for good case management*, in *C.J.Q.*, 2014, 379 ss.; WILLIAMS, “Well, that's relief (from sanctions)!” – *Time to pause and take stock of CPR v.3.9 developments within a general theory of case management*, in *C.J.Q.*, 2014, 394 ss. V. anche BLAKE, *A practical approach to Effective litigation*, Oxford 2015, 361 ss. che evidenzia come incomba alla parte l'onere di presentare immediatamente l'istanza per ottenere il relief from sanction e di provare che vi è stata una buona ra-

a seguito dell'inadempimento, non c'è sanzione, la disposizione in esame non si applica<sup>5</sup>.

Il giudice, investito del riesame, ha l'onere di apprezzare una per una tutte le circostanze individuate dalla norma richiamata<sup>6</sup>

“including – (a) the interests of the administration of justice; (b) whether the application for relief has been made promptly; (c) whether the failure to comply was intentional; (d) whether there is a good explanation for the failure; (e) the extent to which the party in default has complied with other rules, practice directions, court orders and any relevant preaction protocol; (f) whether the failure to comply was caused by the party or his legal representative; (g) whether the trial date or the likely trial date can still be met if relief is granted; (h) the effect which the failure to comply had on each party; and (i) the effect which the granting of relief would have on each party”.

L'elencazione sopra riportata non ha carattere esaustivo: è principio consolidato che il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, debba verificare “all the circumstances” della controversia, tra cui anche la fondatezza nel merito della difesa.

Nel caso *Kinsley v. Commissioner of Police for the Metropolis*<sup>7</sup> il giudice Pitchford L.J. evidenzia che sono sostanzialmente tre i quesiti a cui occorre rispondere per accertare se sussistono i requisiti per ottenere il relief: se “there can have been any legitimate doubt in the (Claimant's) mind what it was expected to do in consequence of the order made by (the Judge) and the sanction which would fall upon him if he failed to comply; second, whether and if so for what reason he failed to comply; and thirdly, whether he had any reasonable excuse for not complying”.

gione per non adempiere quale, esemplificando, una malattia debilitante o un cambiamento radicale delle circostanze tale da determinare l'irragionevolezza del termine concesso.

<sup>5</sup> V. *Civil procedure: the white book service*, London, 2012, I, 97.

<sup>6</sup> L'onere di esaminare tutte le circostanze non ha come corollario anche il dovere di indicare espressamente, nella motivazione, tutte le ragioni esaminate nella decisione: in questi termini la *Court of appeal* in *Kathib v Ramco International* [2011] EWCA Civ 605, punti 57-64 “the court must conduct an appropriate review and balancing exercise”, senza dover espressamente indicare quali elementi sono considerati a favore e quali contro l'istanza to set aside.

<sup>7</sup> Punto 14 in EWCA Civ 953 richiamato in *Civil procedure: the white book service*, cit., I, 97.

Nel caso *Woodhouse v Consignia plc*<sup>8</sup> il giudice *Brooke LJ*, nel fornire alcune linee guida per i giudici richiesti di concedere il *relief* contro la sanzione comminata ai sensi della CPR 3.8, precisa che la valutazione giudiziale deve essere svolta alla luce di tutte le circostanze concrete, tra cui le nove indicate dalla disposizione che devono essere tutte verificate: operando in tal modo si limita il rischio che i giudici, nell'esercizio del potere discrezionale loro riconosciuto, possano omettere di considerare elementi di fatto preventivamente giudicati rilevanti dal legislatore agevolando anche l'eventuale compito di riesame della Corte d'appello.

Tali principi sono stati ribaditi dal Giudice *Arden* nel caso in esame<sup>9</sup>:

*"The object of CPR 3.9 is to ensure that all the right questions are asked. That produces 'structured decision-making'. In addition to going through the subparagraph of CPR 3.9, the court must ask itself if there are any other circumstances that need to be taken into account. However, having done all this, the court is then also required to stand back and form a judgment to the aggregate of the relevant circumstances that have been identified in going through the list to see whether it is in accordance with the overriding objective in the CPR to lift the sanction. This overall 'look see' is simply the overriding objective in action"*.

### 3. L'appello contro la decisione resa sull'istanza presentata ai sensi della CPR 3.9

La decisione resa dalla *High Court* sull'istanza per ottenere il *relief* può essere appellata innanzi alla *Court of appeal*: a tal fine la parte deve ottenere una espressa autorizzazione (il c.d. *permission*)<sup>10</sup> che può essere richiesta sia al giudice della decisione che s'intende impugnare, che a quello superiore.

Laddove l'autorizzazione ad appellare sia accordata, l'esame

<sup>8</sup> [2002] 1 WLR 2558 punti 32 e 33 richiamato al punto 153 della decisione della *Court of appeal*.

<sup>9</sup> Punto 155 della decisione contro *Mora e Charcon* che si esamina ove si richiama l'opinione di *Mr Justice Mance LJ* in *Hanson and others v Makin and Wright* [2003] EWCA Civ 1001.

<sup>10</sup> V. *infra* in questa sezione cap. III, par. 2.

della Corte d'appello ha il solo fine di rimediare ad un eventuale errore del giudice di primo grado in quanto abbia ommesso di considerare un elemento rilevante o abbia posto a fondamento della decisione un accertamento di fatto sbagliato o che in ogni caso abbia raggiunto conclusioni in diritto del tutto scorrette<sup>11</sup>:

*"an appellate court ought not to substitute its own 'discretion' for that of the judge merely because its members would themselves have regarded the balance as tipped against the way in which he decided that matter. They should regard their function as primarily a reviewing function and should reverse his decision only in cases either (1) where they are satisfied that the judge has erred in principle by giving weight to something which he ought not to have taken into account or by failing to give weight to something which he ought to take into account; or (2) as in *Ward v James* [1966] 1 QB 273, in order to promote consistency in the exercise of their discretion by the judges as a whole where there appear, in closely comparable circumstances, to be two conflicting schools of judicial opinion as to the relative weight to be given to particular considerations"*.

La *Court of appeal* non deve, in altri termini, sindacare l'esercizio del potere discrezionale del giudice di primo grado sostituendo la propria valutazione a quella già svolta in prime cure, anche ove fosse differente, bensì valutare esclusivamente se vi sia stata una violazione di diritto o una errata valutazione delle circostanze del caso<sup>12</sup>. Il riesame della corte d'appello è dunque meramente funzionale all'accertamento dell'assenza di errori nella ricostruzione dei fatti o di diritto: essa controlla *"that all the relevant factors (and no others) were taken into account and that, looking at the matter overall, the judge's conclusion is not plainly wrong. Within those limits, it is for the judge to decide how much weight to give to each relevant circumstance"*<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> V. punto 156 della decisione della *Court of appeal*: *"the appellants must show either that the judge exercising the discretion erred in principle or that he left out of account a material consideration or that he took into account an irrelevant consideration or that he was plainly wrong in his overall conclusion"*.

<sup>12</sup> V. punto 156 decisione della *Court of appeal* che richiama quanto affermato da *Lord Wright* nel caso *Evans v Bartlam* [1937] AC 473, 486-487.

<sup>13</sup> Punto 160 della decisione della *Court of appeal*.

#### 4. *Setting aside or varying default judgment*. La disciplina di cui alla CPR 13

Occorre ora tratteggiare, seppure brevemente, le linee essenziali dell'istituto disciplinato dalla CPR 13 *to set aside or varying a default judgment* pronunciato ai sensi della CPR 12 che si applica, per analogia, anche nei confronti del *judgment* reso al seguito del *debarment from defending*. Si è già illustrato che nella decisione resa *by default* difetta un esame del merito della domanda: tecnicamente, dunque, la sua eventuale impugnazione non conduce ad una rivalutazione della sua fondatezza, bensì solo alla sua revoca o modifica, se ricorrono i presupposti individuati dalla CPR 13.

Quest'ultima norma prevede che la revoca del *default judgment* sia disposta, oltre che nel caso di difetto della notifica dell'atto iniziale – disciplinato dalla CPR 13.2 –, al ricorrere degli elementi indicati dalla CPR 13.3 (1):

*In any other case, the court may set aside or vary a judgment entered under Part 12 if –*

- (a) the defendant has a real prospect of successfully the claim; or*
- (b) it appears to the court that there is some other good reason why –*
  - (i) the judgment should be set aside or varied; or*
  - (ii) the defendant should be allowed to defend the claim.*

La revoca del *default judgment* è una scelta che il giudice inglese esercita con estrema cautela: al di là dell'ipotesi in cui il *default judgment* sia *wrongly entered*<sup>14</sup>, è poco propenso – nell'esercizio del suo potere discrezionale<sup>15</sup> – ad eliminare “*a regular judgment*”<sup>16</sup>. Ciò in quanto, come significativamente tratteggiato da *Toulson L.J.*<sup>17</sup>,

<sup>14</sup> V. ANDREWS, *Andrews on civil processes*, cit., 242. Ai sensi della CPR 13.2, il *default judgment* può inoltre essere variato o revocato “*if it was wrongly entered*” in quanto l'atto introduttivo del giudizio – la *claim form* – non è stato ritualmente notificato: il principio del contraddittorio impone che in queste circostanze il *judgment* sia revocato indipendentemente dalla fondatezza della difesa che possa essere svolta. Per l'affermazione del principio v. *Credit Agricole Indonatz v Unicof Ltd (No. 2)* [2004] EWHC 77 (Comm); [2003] All E.R.; *Shiblog v Sadikoglu (Application to Set Aside) (No.2)* [2004] EWHC 1890 (Jul) (Comm.)

<sup>15</sup> L'utilizzo del verbo *may* nella disposizione in esame è significativo.

<sup>16</sup> *Civil procedure: the white book service*, cit., I, 441; ANDREWS, *Andrews on civil processes*, cit., 240 ss.

<sup>17</sup> *International Company Ltd v Nacionalna Akcionerna Kompanija Naftogaz*

*“An English judgment is a form of property which may have real value. The proprietary nature of a judgment was recognised by the Strasbourg court in Agrokompleks. To set aside a judgment properly obtained is to deprive the judgment creditor of an asset. It may be just to do so, but it may not be. Third parties may also be affected. A third party may advance money on the security of it. It is not difficult to envisage circumstances where there could be real injustice to a judgment creditor or a third party by depriving them of the fruits of a judgment properly entered”.*

La decisione di *default* rappresenta dunque un bene patrimonialmente valutabile – un *asset* – per il creditore: ne consegue che colui che agisce per ottenerne l'annullamento ha l'onere di dimostrare, seppure negli angusti limiti di una fase processuale in cui la prova orale non è ammessa, non solo di avere una *good arguable defence* bensì a *real prospect of successfully defending the claim*. In alternativa occorre allegare che sussiste “*some other good reason*” per revocare o modificare il provvedimento.

L'accoglimento dell'istanza è poi condizionato dalla tempestività dell'impugnazione proposta<sup>18</sup> giusta la previsione di cui alla CPR 13.3 (1):

*In considering whether to set aside or vary a judgment entered under Part 12, the matters to which the court must have regard include whether the person seeking to set aside the judgment made an application to do so promptly.*

#### 5. La valutazione giudiziale nella controversia che si esamina

##### 5.1. La sussistenza di una “*real prospect of successfully defending the claim*”

Il particolare contenuto dell'istanza presentata da *Mora e Chascona*, che non mirava alla sola rimozione della sanzione di-

[2012] EWCA Civ 196, punto 78 commentata da ANDREWS, *Setting aside judgment in default, article 6 of the ECHR and the principle of res judicata*, in *C.J.Q.*, 2012, 417 ss.

<sup>18</sup> V. *Standard Bank Plc v Agrinvest International Inc.* [2010] EWCA Civ 1400, (8 December 2010), punto 22: (...) *promptness will always be a factor of considerable significance* (...).

retta ed automatica comminata dall'*unless order* – il *debarment from defending* –, ma anche dell'effetto successivo che ne consegue a semplice istanza di parte – il *judgment after striking out without trial* – impone al giudice di verificare in prima battuta se le difese della parte fossero, allo stato degli atti e del materiale probatorio a supporto dell'istanza, fondate. La parte che chiede di revocare il provvedimento ha l'onere, di cui normalmente non sarebbe gravata, di dimostrare di poter vincere nel merito: vi è dunque un aggravamento e un'inversione di prospettiva rispetto alla regola ordinaria giusta la quale spetta a colui che agisce in giudizio dimostrare di avere a *good arguable case*<sup>19</sup>.

In termini pratici consegue che, ove la parte che agisce in *relief* non riesca a dimostrare l'infondatezza nel merito della domanda dell'avversario, essa sia destinata a vedere rigettata l'istanza<sup>20</sup>.

Premessi questi rilievi introduttivi di carattere generale occorre ora volgere la nostra indagine alla vicenda concreta.

Le società canadesi hanno azionato contro *Mora e Chascona conspiracy and tracing claims* affinché fosse accertato, da un canto, che avevano ricevuto delle somme di denaro da parte dei *Clai-*

<sup>19</sup> In *ED&F Man Liquid Products Ltd v Patel* [200] EWCA Civ 472; [2003] All E.R. (D) 75; [2003] C.P.Rep. 51 il giudice *Potter*, tratteggiando la differenza fra la prova che deve essere allegata da chi agisce per ottenere un *summary judgment* giusta la CPR 24 e che al contrario aspira a *to set aside the default judgment*, delimita la portata dell'onere che grava su quest'ultimo: *the only significant difference between the provisions of CPR 24.2 and 13.3(1), is that under the former the overall burden of proof rests upon the claimant to establish that there are grounds for his belief that the respondent has no real prospect of success whereas, under the latter, the burden rests upon the defendant to satisfy the court that there is good reason why a judgment regularly obtained should be set aside. That being so, although generally the burden of proof is in practice of only marginal importance in relation to the assessment of evidence, it seems almost inevitable that, in particular cases, a defendant applying under CPR 13.3(1) may encounter a court less receptive to applying the test in his favor than if he were a defendant advancing a timely ground of resistance to summary judgment under CPR 24.2.*

<sup>20</sup> Pare opportuno rammentare che le parti convenute non hanno svolto nel giudizio di merito alcuna difesa al di fuori della contestazione della giurisdizione: ciò in quanto un simile comportamento sarebbe stato inteso quale tacita accettazione della giurisdizione inglese con conseguente caducazione del *sub* procedimento che su tale questione si era aperto come evidenziato nel parere pronunciato dal Prof. Briggs allegato nel processo italiano su cui v. *infra* sez. terza, cap. II. V. ZUCKERMAN, *Zuckerman on Civil Procedure*, cit. 300.

*mants* che non restituirono – fatti che hanno legittimato la c.d. *tracing claim*<sup>21</sup> – e, dall'altro, che avevano preso parte alla truffa compiuta da *Stolzenberg*, *Gambazzi* e altri – la c.d. *conspiracy claim*<sup>22</sup> –; sotto quest'ultimo profilo era controverso se il comportamento illecito<sup>23</sup> posto in essere da *Gambazzi* potesse o meno essere imputato a *Mora e Chascona*.

Quanto alla prima azione – la c.d. *tracing claim* – *Mr Justice Etherton* osservò che:

*"on the evidence before me, Mora would have an arguable defence to the tracing claim, but the Claimants would also have a real prospect of succeeding on that claim at a trial on the merits"*.

<sup>21</sup> Con la c.d. *tracing claim* i *Claimants* contestarono che *Mora e Chascona* avessero ricevuto tre pagamenti nel 1991 da *Parti attrici* in quanto partecipi della frode posta in essere da *Stolzenberg* e *Gambazzi*.

<sup>22</sup> Più precisamente *Mora e Chascona*, insieme ad altre società controllate da *Gambazzi*, avrebbero ricevuto da *Castor* somme di denaro a titolo di mutuo per la ristrutturazione del *Gorham Hotel di New York* senza garantirne la restituzione e in ogni caso non a condizioni di mercato: *"No arms' length lender or investor, knowing the truth, would have lent monies to those companies or would have invested in their projects either at all or on the terms on which Castor did so"*. Le somme date a mutuo poi non vennero restituite se non in parte e sicuramente non alle società canadesi: *"in many instances the companies to which Castor made loans were unable to repay those loans, or even to pay a small percentage of the interest which was due on them"*. La mancata restituzione delle somme date a mutuo o dei conseguenti interessi non era correttamente rappresentata nei bilanci di *Castor*: le somme risultavano restituite comprensive di interessi e i debiti esistenti venivano trattati come nuovo debito. *"This created the appearance that income and earnings were increasing, that net assets were increasing, and that the loan portfolio was expanding. The truth, according to the Claimants, was that Castor was simply recycling bad debt"*.

Con particolare riferimento poi alla posizione di *Mora e Chascona*, secondo le società canadesi *"From 1981 onwards both Mora and Chascona obtained substantial loans from Castor, rising from US\$3.5 million to US\$21.5 million by the time of Castor's collapse in 1992. The Claimants claim that Castor's lending to Mora and Chascona was not on commercial terms, including rates of interest. Further, Castor did not always collect interest in cash. It frequently permitted Mora and Chascona to capitalise interest (that is to say, add it to the existing loan balance) when they requested it. There are a range of other matters which, the Claimants say, illustrate the uncommercial or improper financial arrangements between Mora and Chascona, on the one hand, and Castor, on the other hand (...)* It is in the context of these factual allegations that the Claimants assert the two causes of action which have resulted in the default judgments against *Mora and Chascona*, namely a tracing claim against *Mora*, based upon knowing receipt of sums derived from the Claimants, and common law conspiracy to injure". V. Punti 50-58 della decisione del giudice *Etherton*.

<sup>23</sup> Pare opportuno ribadire che la sussistenza di una condotta illecita imputabile a *Gambazzi* non venne mai accertata nel processo inglese se non *by default* e quindi senza un esame della fondatezza dei fatti allegati.

Nonostante *Mora* e *Chascona* avessero giustificato di aver ricevuto le richiamate somme a titolo a titolo di mutuo affermando che detti pagamenti

*"were part of the advances made to Castor for works of renovation and refurbishment to the Hotel, and that they were re-paid to Castor as part of re-financing arrangements with Banque Paribas in 1992"*

e che dette somme furono successivamente restituite come sarebbe risultato dalle prove presentate, il giudice evidenziò che le restituzioni parziali avvennero a favore di *Castor*<sup>24</sup> e non già delle odierne parti attrici: il diritto alla restituzione pertanto sussisteva.

In relazione alla diversa questione se *Mora* e *Chascona* potessero o meno essere ritenute responsabili di aver posto in essere la frode ai danni delle parti attrici in ragione della condotta tenuta da *Gambazzi*, *Mr Wardell*, difensore di *Mora* e *Chascona*, allegò che le società canadesi, in un eventuale giudizio sul merito della causa, non avrebbero potuto vincere in quanto non sarebbero riuscite a dimostrare atti imputabili a *Mora* e *Chascona* da cui si potesse evincere una loro partecipazione alla condotta illecita di *Gambazzi*; il denaro dato a *Mora* e *Chascona* era stato erogato

*"for the perfectly legitimate purpose of the acquisition of the Hotel by Mr Cori, and that subsequent loans to Mora and Chascona from Castor prior to Castor's collapse in 1992 were for the legitimate commercial purpose of renovation and refurbishment of the Hotel, and all the loans were on proper commercial terms"*.

Questi i fatti, in difetto della prova di una loro partecipazione alla frode, era da escludere che le medesime potessero essere ritenute responsabili di *conspiracy*:

*"there can be no conspiracy to injure if a person receives money from a fraudster, knowing the money to be the product of fraud, if the terms on which the recipient obtains the money, and the purposes for which he intends to use it and does use it, are legitimate and commercial. It makes no difference, Mr Wardell submitted, whether the money is received on one occasion only, or the recipient, with his knowledge of the fraud and of the circumstances in which the money has been procured by the fraudster, re-*

<sup>24</sup> Come peraltro appare corretto in quanto *Mora* e *Chascona* furono finanziate da *Castor* la quale a sua volta raccoglieva denaro presso investitori terzi tra cui le società canadesi.

*peatedly applies to the fraudster for money and receives it over a period of time"*<sup>25</sup>.

Le argomentazioni svolte non furono tuttavia integralmente condivise da *Mr Justice Etherton*: se da un canto concordò con la difesa di *Mora* e *Chascona* nel ritenere che, affinché fosse integrata la *conspiracy*, fosse necessario dimostrare l'esistenza di una *"concerted"* action, fu peraltro dell'opinione che quest'ultima non fosse elemento costitutivo della *accessory liability* di cui *Mora* e *Chascona* avrebbero potuto essere ritenute responsabili in un eventuale *trial*:

*"I agree with Mr Wardell that (...) 'concerted' action is an essential element of the tort of conspiracy, but is not an essential feature of accessory liability; (...) For the purposes of the Applications, on this state of evidence, I am bound to assume that the Claimants have a real prospect of establishing that conclusion at any trial on the merits"*<sup>26</sup>.

Le ragioni furono poi integrate nei termini che seguono:

*"It is clear, in my judgment, that the evidence as to the involvement of Mr Gambazzi in the affairs and management of Mora and Chascona, and, in particular, the procuring of loans by Castor to Mora and Chascona, provides the Claimants with a real prospect of succeeding, at any trial on the merits, in a claim that Mr Gambazzi's knowledge of Castor's frauds on the Claimants should be imputed to Mora and Chascona. The Claimants have a well arguable case that, in relation to those loans, Mr Gambazzi was the directing mind and will of Mora and Chascona, and, accordingly, his knowledge in relation to the dishonest acquisition of those funds and use of them by Castor is to be imputed to Mora and Chascona (...) Whether or not Mr Cori and Mr Cavazza are wholly innocent and unrelated to any of the frauds of Castor, the imputation of Mr Gambazzi's knowledge of dishonesty to Mora and Chascona, and any consequent liability of those companies for conspiracy, would not be surprising, (...)"*.

Ipotizzando che in un futuro giudizio sul merito le società canadesi potessero dimostrare che le azioni di *Gambazzi*, all'epoca direttore dell'albergo newyorkese, fossero imputabili a *Mora* e *Chascona* che ricevertero, proprio grazie a *Gambazzi*, le somme di denaro la cui restituzione era in contestazione, il giudice *Ether-*

<sup>25</sup> Punto 68 della decisione del giudice *Etherton*.

<sup>26</sup> Punti 72 e 76 della decisione del giudice *Etherton*.

ton concluse inoltre, con specifico riferimento alla *conspiracy claim*, che *Mora e Chascona* fossero pienamente consapevoli della frode:

*"Putting together these various elements, and assuming Mr Gambazzi's knowledge is to be imputed to Mora and Chascona, Mora and Chascona knowingly provided a mechanism by which loans and investments were fraudulently procured by Castor from the Claimants and others, on the basis of fraudulently drawn accounts and financial statements, which misrepresented, at least from 1987, that Mora and Chascona were fully performing their loan obligations, including the payment of all interest due, even though they were not. Mora and Chascona knew that those fraudulently obtained funds enabled Castor to continue in existence. Mora and Chascona knew that, indirectly, by keeping Castor in existence, and also directly, the fraudulently obtained funds were used to generate dividends for Mr Gambazzi out of fictitious profits, and to generate personal payments for Mr Gambazzi's benefit when clients introduced by Mr Gambazzi made loans to, or investments in, Castor, and also when loans were made by Castor to, among others, Mora and Chascona. In short, Mora and Chascona were knowingly parties to a scheme, under which loans to them by Castor were an element in the process by which Castor, by fraudulently procuring the drawing up of its financial information and accounts, dishonestly procured funds from, among others, the Claimants, and thereby enabled Mr Gambazzi and others to extract funds for their personal benefit through commissions and dividends"*<sup>27</sup>.

Si trattava tuttavia di elementi che avrebbero potuto essere accertati con sicurezza solo in giudizio in ragione sia della complessità del caso, che del limitato materiale probatorio a disposizione della Corte:

*"(...) In a fraud case of this complexity, it is obvious that the Court must be very wary indeed of reaching conclusions on the facts, where there has been no oral evidence, and no cross-examination, and disclosure of documents has not been completed. (...) Again, it seems to me that it is important to bear in mind at all times that the evidence before the Court, on these Applications, is limited"*.

Quanto poi al distinto profilo involgente il quesito se *Mora e Chascona* avrebbero potuto ottenere l'erogazione di così tanto denaro da una banca indipendente, il giudice *Etherton*, analizzati

<sup>27</sup> Punto 78 della decisione del giudice *Etherton*.

a fondo i fatti allegati, ritenne che fosse impossibile giungere ad una conclusione sicura sul punto:

*"In my judgment, it is impossible to conclude at this stage, in the absence of oral evidence and the opportunity for cross-examination, and in the absence of full disclosure and also the absence of expert evidence as to the appropriateness of the lending from time to time by Castor to Mora and Chascona, that such lending would have been entered into by a fully independent commercial lender"*<sup>28</sup>.

Tutto ciò premesso, il giudice *Etherton* concluse che, seppure non vi fossero dubbi che *Mora e Chascona* avessero una *arguable defence to the tracing and conspiracy claims of the Claimants*, questi ultimi avevano a loro volta una reale possibilità di vincere nel merito della controversia:

*"For all these reasons, I conclude that, if the judgments against Mora and Chascona were set aside, they would have an arguable defence to the tracing and conspiracy claims of the Claimants; but, on the other hand, the Claimants would have a real prospect of succeeding on both those heads of liability at any trial on the merits"*<sup>29</sup>.

La soluzione così raggiunta dal giudice *Etherton* venne avvalorata in sede di appello da *Lady Justice Arden* la quale espresse una sicura opinione di "colpevolezza" a carico di *Mora e Chascona*. Dopo aver chiarito che:

*"The act of conspiracy consists not in the making of an agreement, but in the taking of concerted acts ('overt acts') pursuant to an agreement (see per Lord Diplock in Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd (No.2) [1982] AC 173 at 188). The agreement must either be one to cause damage to the claimant (or a person in his position) by unlawful means (the sort of conspiracy alleged in this case) or be one to injure the claimant (or a person in his position). In the latter case, but not the former, the claimant must show that the predominant intention of the defendant was to injure him (or a person in his position) (...)"*<sup>30</sup>

e preso atto che secondo la difesa di *Mora e Chascona*

*"a vital ingredient of the tort of conspiracy is the doing of an overt act by each party alleged to be a conspirator"*<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Punto 86 della decisione del giudice *Etherton*.

<sup>29</sup> Decisione del giudice *Etherton* punto 94.

<sup>30</sup> Punto 134 della decisione della *Court of Appeal*.

<sup>31</sup> Punto 135 della decisione della *Court of Appeal*.

evidenziò che, per quanto il punto fosse controverso in giurisprudenza, non fosse necessario prendere posizione in merito ad esso in quanto nel caso di specie

*"there are ample allegations that overt acts were committed by Mora and Chascona. They include the borrowing of money from Castor and the payment of commissions on those loans"*<sup>22</sup>.

Quanto poi al profilo attinente al "se i mutui concessi fossero avvenuti a prezzi di mercato" ancora una volta l'opinione del giudice *Arden* fu *tranchant*:

*"The appellants rely on the fact that the terms of the lending were commercial. The judge was not satisfied that this was so. In my judgment it is clear from the parties' respective contentions, which I have summarized above, that the question whether or not the loans were on commercial terms cannot be determined by the court at an interim stage in the proceedings"*<sup>23</sup> (...) *Even if the terms were commercial, that fact would not in my judgment prevent Mora and Chascona from being parties to the fraud. If the object of the fraud was to extract monies from Castor to enable Castor to lend money to related companies which would in turn be used to provide benefits to Mr Stolzenberg and Mr Gambazzi, the fact that the borrowing was on commercial terms would be no defence. In any event, it is possible for the conspirators to have had the principal purpose of defrauding the claimants and a subsidiary purpose of borrowing on commercial terms"*<sup>24</sup>.

Quanto all'imputabilità delle azioni di Gambazzi in capo a Mora e Chascona il giudice *Arden* la ritenne desumibile dalla circostanza che Gambazzi fosse stato il direttore delle società appellanti:

*"There is no doubt that there is an arguable case that there was a conspiracy between Castor, Mr Stolzenberg, Mr Gambazzi and others to extract money from the respondents by unlawful means, that is by misrepresentation. The issue is whether the respondents have a real prospect of success in arguing that Mora and Chascona are parties to that combination.*

*Mora and Chascona are not companies incorporated in England and Wales, but there is no evidence of foreign law"*<sup>25</sup>. *Accordingly, it must be assumed that the relevant foreign law is the same as English law.*

<sup>22</sup> Punto 135 della decisione della *Court of Appeal*.

<sup>23</sup> Punto 136 della decisione della *Court of Appeal*.

<sup>24</sup> Punto 137 della decisione della *Court of Appeal*.

<sup>25</sup> In Inghilterra non si applica il principio da noi noto come *iura novit curia*. Spetta pertanto alle parti del processo allegare e dimostrare la legge straniera applicabile.

*The principles of law pertaining to the attribution of the knowledge of a director to the company of which he is a director are not in doubt"*<sup>26</sup>.

Riassumendo la posizione espressa dai giudici inglesi, sebbene, dunque, *Mr. Justice Etherton* non abbia escluso che Mora e Chascona potessero avere quantomeno "an arguable defence" pur a fronte delle buone probabilità di successo delle società canadesi, l'opinione del giudice *Arden* pare essere stata più sicura nell'escludere che, nel caso di specie, le appellanti *in relief* avessero dimostrato di avere "a real prospect of successfully defending the claim". Ne conseguì che l'istanza *to set aside the judgment* non fu ritenuta meritevole di accoglimento.

## 5.2. L'esame delle circostanze elencate dalla CPR 3.9

Più interessante, sotto il profilo processuale, è la seconda parte della decisione in cui il giudice *Etherton* passò a vagliare, uno per uno, i requisiti individuati dalla CPR 3.9 avendo bene in mente l'importanza della sua decisione rispetto al diritto di Mora e Chascona ad avere un giusto processo<sup>27</sup>:

*"The Court must bear in mind that, where the effect of the sanction is to preclude a trial on the merits, the effect is to deprive the applicant of access to the Court, a concept which now has a particular resonance under article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as scheduled to the Human Rights Act 1998 ('Article 6') (...) The Court, in carrying out the balancing exercise, is not, however, limited to the nine items specified in r.3.9. That rule expressly requires the Court to consider all the circumstances"*.

Tra gli elementi che dunque devono essere esaminati per verificare l'opportunità della concessione del *relief* la disposizione richiamata menziona il profilo attinente "The interests of the administration of justice".

<sup>26</sup> Punti 138-140 della decisione della *Court of Appeal*.

<sup>27</sup> Nel caso di specie non viene peraltro solo in rilievo il diritto all'accesso alla giustizia il quale - come vedremo - è ritenuto soddisfatto dalla possibilità di partecipare al, e difendersi nel, processo da cui le parti sono state *debarred* in ragione della strategia difensiva approntata - poi rivelatasi fallimentare -, ma anche il diritto a che nel giudizio, nel quale le parti sono private del diritto di difendersi, la controversia sia definita con una decisione sul merito della causa.

Mr Justice Etherton rilevò che *Mora e Chascona* avessero conscientemente deciso di non ottemperare all'*unless order*:

*"Mora and Chascona, acting by Mr Gambazzi, a duly authorised director, consciously decided not to comply with the 'unless' orders, despite the advice of their English solicitors to do so (...)"*<sup>38</sup>.

A fronte della consapevole e volontaria disobbedienza ad un ordine di tale rilevanza, l'eventuale revoca della sanzione manderebbe *"entirely the wrong message to those who face allegations of fraud"*: il giudice tenne nella dovuta considerazione non solo il caso concreto sottoposto al suo esame, ma soprattutto l'amministrazione della giustizia – nell'attuazione dell'*overriding objective* di cui alla CPR 1 – nel suo complesso considerando che ogni decisione è idonea a condizionare i processi futuri.

La conclusione che la mancata ottemperanza agli ordini fosse stata volontariamente attuata non venne scalfita dalle allegazioni di *Mora e Chascona* che giustificarono la propria scelta

*"on the ground that a policy decision was taken by Mr Gambazzi that, save in connection with steps challenging the jurisdiction of English courts, he and the other Defendants on whose behalf he was conducting the proceedings would cease to comply with any orders made by the English court"*<sup>39</sup>.

Segnatamente illustrarono che la decisione di non difendersi nel merito e, in ogni caso, di non ottemperare agli ordini giudiziali fosse fondata sull'errata valutazione di assoluta fondatezza dell'eccezione di difetto di giurisdizione: una difesa nel merito non aveva senso alla luce della proposta eccezione di difetto di giurisdizione e sarebbe costata un milione di sterline solo di acconto di spese giudiziali<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Punti 103-104 della decisione del giudice Etherton.

<sup>39</sup> Punto 96 della decisione del giudice Etherton.

<sup>40</sup> Come osservato da Gambazzi, che aveva la responsabilità della difesa giudiziale anche di *Mora e Chascona*, questa era l'opinione dell'Avv. Butler che li rappresentava: *"Richards Butler said that Mora, together with the other Defendants I represented, had such an excellent jurisdiction challenge that it was pointless to spend time and money in exploring the case on its merits, other than a cursory inspection of the claim and the defence that Mora could submit, if necessary. Richards Butler told me that if I wanted them to investigate the case on its merits, I would need to pay £1 million on account of their costs. I understood that by this request, Richards Butler was encour-*

Le giustificazioni allegate non vennero accolte dal giudice Etherton il quale mise in evidenza come lo stesso nuovo avvocato di *Mora e Chascona* – nella persona di Mr. Wardell – non aderisse alla difesa riportata:

*"Mr Wardell accepted that compliance with the freezing orders against Mora and Chascona and the orders supplementary to them, including the 'unless' orders, could not possibly have prejudiced the challenge to the jurisdiction of the English court by Mora and Chascona, and that a reasonably competent solicitor would have so advised"*<sup>41</sup>.

Premessa l'erroneità della scelta della difesa di *Mora e Chascona* ci pare opportuno aprire una breve parentesi sul tempo rivelatosi necessario per la definizione della questione di giurisdizione: se, infatti, la questione di rito fosse stata decisa in via definitiva entro uno spazio temporale contenuto<sup>42</sup>, il comportamento di *Mora e Chascona* non avrebbe potuto essere dalla medesima condizionato<sup>43</sup>. Uno degli scopi del processo inglese riformato è quello di consentire di ottenere la composizione della controversia entro un breve lasso di tempo: *justice delayed is justice de-*

*aling me not to defend the allegations against my clients and me on the merits"*. Punto 93 della decisione del giudice Etherton.

<sup>41</sup> Punto 102 della decisione del giudice Etherton.

<sup>42</sup> La eccezione di giurisdizione era sollevata nel 1997 successivamente alla notifica del primo disclosure order e la decisione definitiva interveniva soltanto nell'ottobre 2000.

<sup>43</sup> In realtà la difesa di *Mora e Chascona* nel giustificare la propria scelta di non adempiere si affidò anche al rilievo secondo cui Mr. Cavazza, attuale direttore nonché proprietario – seppure occulto sino al 2001 per ragioni fiscali – di *Mora e Chascona*, non aveva avuto conoscenza degli ordini pronunciati contro *Mora e Chascona*. Il rilievo è peraltro giudicato irrilevante dal giudice Etherton che al punto 107 della decisione conclude: *"It seems to me, however, that a more realistic appraisal, on the evidence, is that Mr Cavazza, took the deliberate decision not to become a director of, or closely involved with management of, Mora or Chascona, but rather to have Mr Gambazzi as a director of those companies and to leave the conduct of the Proceedings to Mr Gambazzi, on behalf of Mora and Chascona, in order to keep hidden from the Italian tax authorities Mr Cavazza's acquisition of the shares in Mora and Chascona in breach of Italian exchange control. In those circumstances, it is difficult to see why any significant weight should be attached to Mr Cavazza's personal ignorance of tactical decisions made by Mora and Chascona, through Mr Gambazzi, and the grounds for those decisions. Further, Mr Cavazza is not the same as Mora and Chascona, each of which has an independent legal personality. His personal circumstances are no more relevant than those of any other shareholder in, or creditor of, Mora and Chascona"*.



nied<sup>44</sup>. Stupisce quindi che la decisione sull'eccezione processuale per eccellenza, in difetto della quale il processo di merito non può essere instaurato<sup>45</sup>, impieghi ben tre anni per approdare ad una statuizione definitiva e possa essere anticipata da una decisione sul merito.

Ritornando all'esame della vicenda giudiziaria oggetto di studio, il giudice *Etherton* verificò se "Have the applications been made promptly".

Non esiste una norma che stabilisca un termine per la proposizione dell'istanza per ottenere la revoca delle sanzioni di cui alla CPR 3.8 (1) come rilevato dal giudice: la CPR 3.9 – applicabile al caso di specie – *does not contain any express time limit for the making of an application under that rule*; tuttavia, nella fattispecie simile, ma diversa, presa in considerazione dalla CPR 3.6:<sup>46</sup>

*"the application must be made not more than 14 days after the judgment has been served on the party making the application. Judged by that standard, the delay in making the Applications in the present case is considerable. The earliest of the Applications was made on 5<sup>th</sup> December 2001, some three years and two years respectively from the dates of the default judgments"*<sup>47</sup>.

Se, tuttavia, si guarda alla decisione definitiva sulla questione di giurisdizione intervenuta soltanto nell'ottobre del 2000 la tardività è ridimensionata. In questi termini la difesa di *Mora e Chascona* rilevò che, pendente il giudizio volto a decidere l'eccezione del difetto di giurisdizione del giudice inglese, la proposizione dell'istanza per ottenere il *relief* – implicando valutazioni sul merito della causa – avrebbe potuto essere interpretata quale accettazio-

<sup>44</sup> ZUCKERMAN, *Dismissal for disobedience of peremptory orders – an imperative of fair trial*, cit., 16.

<sup>45</sup> Quantomeno in difetto di un accordo tra le parti che nel quadro europeo è ora disciplinato dall'art. 25 Reg. UE n. 1251/2012. Sul tema v. PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi*, Padova, 2012, *passim*; VILLATA F.C., *L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel Regolamento Bruxelles I*, Padova, 2013, *passim*.

<sup>46</sup> CPR 3.6. *Setting aside judgment entered after striking out*

(1) *A party against whom the court has entered judgment under rule 3.5 may apply to the court to set the judgment aside.*

(2) *An application under paragraph (1) must be made not more than 14 days after the judgment has been served on the party making the application.*

<sup>47</sup> V. punto 108 della decisione del giudice *Etherton*.

ne tacita della giurisdizione inglese. Questa considerazione non è condivisa dal Giudice *Etherton*: essa non è dimostrata e in ogni caso anche rispetto alla decisione della *House of Lords*, l'istanza è da ritenere tardiva con la conseguenza che l'interesse pubblico alla rapida definizione dei giudizi nonché la circostanza che il processo avrebbe luogo ben successivamente alla data prevista depongono a sfavore dell'accoglimento dell'istanza:

*"The delay in making the Applications weighs against the grant of relief for a number of reasons. Firstly, as Mr Carr observed, there is a public interest in the conclusion of litigation. (...) Second, the inevitable consequence of the delay in making the Applications in the present case is that, if the default judgments are set aside, the trial will be held at a later date than it would have been held if there had been no failure to comply with the 'unless' orders or the applications for relief had been made promptly. (...) I recognise, however, that matters of timing of this kind cannot be determined with precision. Allowing some latitude, I conclude that it is likely that, by virtue of the delay in making the Applications, following the House of Lords' decision, any trial on the merits will have been delayed by one and a half to two years"*<sup>48</sup>.

Il giudice *Etherton*, quindi, pur quantificando il "ritardo" in circa un anno e mezzo nella presentazione dell'istanza – individuando il termine *a quo* dalla definitiva decisione sulla giurisdizione – concluse che il medesimo fosse eccessivo e dovesse essere imputato a *Mora e Chascona* non avendo le medesime allegato fatti da cui si potessero evincere cause di forza maggiore idonee ad impedire la tempestiva presentazione dell'istanza.

L'opinione della *Court of appeal*, in ordine alla portata del ritardo, fu divergente rispetto alle conclusioni del giudice *Etherton* ed escluse che il termine potesse essere computato a partire dalla pronuncia definitiva sulla giurisdizione rilevando al contrario la data di pronuncia del provvedimento di condanna: l'odierna impugnazione del *judgment* era tardiva e perseguiva – secondo *Lady Justice Arden* – l'unico obiettivo di bloccare la sua esecuzione su suolo statunitense, in cui le odierne ricorrenti avevano il principale asset<sup>49</sup>. In sostanza, si sarebbe trattato di un'impugnazione "di

<sup>48</sup> V. punti 112-115 della decisione del giudice *Etherton*.

<sup>49</sup> Il *Gorham Hotel*.

comodo" volta a ostacolare la legittima esecuzione del provvedimento inglese:

*"Moreover, what seems more likely was that by December 2001 the appellants had failed to resist enforcement of the judgment of this court in New York. That was a far more significant matter since all their assets are in New York. That is not spelt out or explained in Mr Gambazzi's affidavit. If it had been, it would have been obvious that the appellants had really attempted to run with the hare and hunt with the hounds. Once resistance to the New York enforcement had failed, the appellants' only remaining option was to make these applications. While that change of course is totally understandable, it evidences a desire to gain advantage by not complying with orders of the court. As a matter of general principle, it is difficult to see why in such a situation the respondents should be put to a tangible risk of prejudice and very substantial expense to enable the appellants to run that strategy. Thus, there was in my judgment ample material to support the weight which the judge gave to the fact that the appellants made a conscious decision not to comply with orders of the court"*<sup>20</sup>.

Sull'impatto che il ritardo avrebbe avuto sull'instaurazione del giudizio le opinioni sono discordanti: secondo la difesa degli attori

*"a fair trial has been endangered in, at least, the following respects. There may be difficulty in locating witnesses. The delay will or may have had an impact on the ability of witnesses to recollect relevant events. There is a real possibility of the destruction or loss of relevant documents. A new legal team will have to be assembled by the Claimants"*<sup>21</sup>.

Secondo la difesa di Mora e Chascona

*"there is no proper basis for concluding that the delay in the commencement of a trial, should I set aside the default judgments, will or is likely to have any adverse impact on the ability of witnesses to recollect relevant events. Mr Wardell emphasised that the matters of which the Claimants complain in the Statement of Claim date back to 1984. Accordingly, a significant period of delay had already elapsed between the occurrence of those events and the House of Lords' decision in October 2000. He submitted that there is no reason whatever to believe that a further delay of one and a half to two years in the commencement of the trial date will have had any impact on the memory of the available witnesses. Mr Wardell also emphasised that these are proceedings in which there is a*

<sup>20</sup> V. punto 168 della decisione della Court of appeal.

<sup>21</sup> V. punto 117 della decisione del giudice Etherton.

*vast amount of available documentation. Such documentation is likely to be critical, and will, in any event, provide material from which witnesses can refresh their memories"*<sup>22</sup>.

Il giudice Etherton dopo aver rilevato che:

*"there is no convincing evidence before me that the one and a half to two years' delay in making the Applications will have made it impossible or substantially more difficult to contact relevant witnesses." (...) In my judgment, the Claimants are entitled to express concern at the impact of a delay of one and a half to two years on the memory of available witnesses. The period of relevant events stretches from 1984 to 1992. Whether the evidence of a witness is directed to events at the beginning of that period or the middle or end of it, it is likely, in my judgment, that the period of one and a half to two years delay in the trial will have some damaging impact on the accuracy of the witnesses' recollection. It is impossible to express a firm view on the issue of loss of memory since the Claimants have not, so I am informed, taken steps to proof all relevant witnesses, bearing in mind the initial challenge to jurisdiction and, subsequently, the fact that the Claimants obtained the default judgments"*

avvallò le difese dei Claimants:

*"The possibility of loss of memory is, nevertheless, a real possibility. In my judgment, this concern is not overcome by the existence of a large amount of documentation. From my limited exposure to the documentary material, and my understanding of the issues between the parties, it is likely that there will be extensive oral evidence and cross-examination relating to the matters referred to in the documents. It seems to me that the accuracy of such oral evidence is just as likely, as oral evidence of other matters, to be at risk of impairment by virtue of delay in the trial of the proceedings"*<sup>23</sup>.

Le perplessità degli attori in ordine alla possibilità di instaurare un *fair trial* non furono limitate alla capacità di ricordare dei testimoni, ma furono anche rivolte espressamente al timore che documenti rilevanti per la decisione della causa, inizialmente sequestrati dall'autorità giudiziaria svizzera e poi restituiti a Gambazzi<sup>24</sup>, fossero stati distrutti. Nell'impossibilità di statuire sul punto il

<sup>22</sup> V. punto 119 della decisione del giudice Etherton.

<sup>23</sup> V. punto 118 della decisione del giudice Etherton.

<sup>24</sup> V. punto 120 della decisione del giudice Etherton.

<sup>25</sup> L'11 marzo 1997, sulla base di una denuncia penale per truffa, falsità in atti, bancarotta fraudolenta, ricettazione e riciclaggio di denaro presentata dalla Chrysler in

Giudice *Etherton* si limitò ad effettuare una ipotesi favorevole agli attori:

*"I agree with Mr Wardell that, on the evidence currently before the court, it is a matter of speculation whether there were any, and if so what, relevant and important documents which were originally taken by the Swiss Public Prosecutor from Mr Gambazzi and were subsequently returned to him. Although it is impossible to be certain about the point, it seems to me possible, at the least, that there were such documents (...) Accordingly, the court must be alive to the possibility that it may have been in the interests of Mr Gambazzi to secrete or destroy relevant and important documentation. I do not regard it as surprising that there is no direct evidence before the court of any such secretion or destruction, since it is hardly likely that evidence of such conduct would be easily available"*<sup>26</sup>.

Premesso quanto sopra, concluse che era ben possibile che il "giusto processo" potesse essere condizionato del ritardo di *Mora* e *Chascona* nel presentare l'istanza:

*"In summary, there is a possibility that a fair trial may not be possible because a substantial period of time has elapsed since the 'unless' orders and the default judgments during which Mr Gambazzi - a director, or former director of Mora and Chascona who had control of the Proceedings on behalf of those companies, and who appears to have been involved in and a party to substantial frauds on the Claimants - has had the opportunity to retain, secrete or destroy documentary evidence which may have been in his possession or control"*<sup>27</sup>.

Da ultimo esaminò il rilievo svolto dai *Claimants* secondo cui:

*"if the default judgments are set aside and the matter proceeds to a trial, it will be necessary for the Claimants to assemble a new legal team.*

*The loss of the knowledge and expertise of the original team will result in greater costs, he submitted, than would have been the case if the litigation had proceeded continuously to trial in the usual way. Bearing in mind that, if the Claimants are successful at a trial on the merits, the liability of Mora and Chascona will be far in excess of the value of the assets of those companies, such increase in costs will, Mr Carr submitted, effectively be borne by the Claimants themselves"*.

data 30 settembre 1996, le autorità penali del Cantone Ticino fecero bloccare tutti i conti che Gambazzi possedeva in Svizzera e all'estero e disposero il sequestro di numerosi documenti. Questo procedimento si concluse in data 7 luglio 2000 con archiviazione per insussistenza di qualsiasi fatto penalmente rilevante.

<sup>26</sup> V. punti 128-130 della decisione del giudice *Etherton*.

<sup>27</sup> V. punto 131 della decisione del giudice *Etherton*.

Costi che le parti convenute non avrebbero potuto rimborsare a causa dell'incapienza del loro patrimonio con grave danno per gli attori. La difesa di *Mora* e *Chascona* replicò che

*"that is likely that the Claimants' team would have had to be reconstituted in any event, in view of the delay in the proceedings prior to the House of Lords' decision"*.

Il giudice, tuttavia, ancora una volta, fu incline ad assecondare la posizione degli attori rilevando che:

*"It is impossible to be certain whether or not, as Mr Wardell submitted, there would inevitably have been some reconstitution of the Claimants' legal team during the course of the Proceedings, had there been no such interruption as has in fact occurred by virtue of the judgments against Mora and Chascona. On the other hand, the Claimants are entitled to say that, at the least, there is a risk of an increase in costs, which might not otherwise have occurred, which would have to be borne, in effect, by the Claimants themselves, should they be successful in any trial"*.

Successivamente il Giudice *Etherton* si chiese poi se *"Was the failure to comply intentional"*.

Abbiamo già visto che non vi era alcun dubbio che *Mora* e *Chascona* avessero "scelto" di non adempiere agli *unless order* alla luce della complessiva strategia posta in essere e volta a contestare la sola giurisdizione.

La difesa di *Mora* e *Chascona* peraltro evidenziò che la disobbedienza agli ordini era soltanto formale in quanto, in relazione all'ordine del 13 ottobre 1998, non vi erano, di fatto, documenti da produrre; quanto, invece, all'ordine del 4 ottobre 1999 la mancata ottemperanza non aveva prodotto alcuna conseguenza rilevante e l'ordine in ogni caso non era proporzionato.

Segnatamente, quest'ultimo ordine imponeva a *Mora* e *Chascona* di informare la Controparte della consistenza del loro patrimonio e di aprire un conto corrente su cui accreditare tutto le somme che fossero loro eventualmente pervenute

*"arising out of the C&L Litigation, and any payment by the Trustee in Bankruptcy of Castor Holdings by way of dividend, and to serve certain notices in relation to those accounts and payments"*.

*Mr Justice Etherton* convenne sui rilievi svolti dalle parti istanti in relazione al primo *unless order*:

"I agree with Mr Wardell that, as it now appears, the fact that the 'unless' order of 13<sup>th</sup> October 1998 proceeded on a mistaken basis, and there was not, strictly speaking, a breach of that order, is a factor to be weighed in the balance in support of the application to set aside the default judgment in relation to the tracing claim against Mora"<sup>28</sup>.

Sul punto tuttavia l'opinione della *Court of appeal* fu di segno opposto e merita di essere riportata:

"The judge took the view that no documents existed of the kind described in this order. In my judgment, this was a misreading of the order. The order did not on its true construction require, as the judge thought, that the security which Mora had created over the hotel should have continued after 20 May 1992 in the form it was originally created. The order applied to any security which Mora had created which continued in existence after that date, i.e. had not been discharged or satisfied, whether or not the person originally entitled to the security had ceased to be so entitled. However, this point was decided in favour of the appellants and accordingly it could not lead to the court setting aside the order of the judge"<sup>29</sup>.

Quanto al secondo *disclosure order*, la difesa di *Mora e Chascona*, dopo aver rilevato d'aver già fornito la documentazione da cui risultava il proprio patrimonio – consistente nell'Hotel sito in *New York* –, sostenne che la sanzione del *debarment from defending* fu non solo ingiustificata, ma del tutto sproporzionata.

La difesa non fu condivisa dal giudice *Etherton* il quale, tuttavia, anziché spiegare le ragioni del proprio dissenso, si limitò a ribadire l'importanza del rispetto degli ordini giudiziari.

Quanto invece all'ordine di aprire il conto corrente il giudice *Etherton* concordò con la difesa di *Mora e Chascona* rilevando che, ove il giudice fosse stato informato di tutti i fatti rilevanti, non l'avrebbe emesso:

"On the evidence which I have seen, it is reasonable to conclude that, had Mr Justice Lightman been informed of all relevant facts, he would not have directed the opening of a bank account by Mora, and that requirement would not have been contained in the 'unless' order of 4<sup>th</sup> October 1999. I agree with Mr Wardell that this is a factor to be weighed in the balance in favour of the Applications"<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> V. punto 142 della decisione del giudice *Etherton*.

<sup>29</sup> V. punto 176 della decisione della *Court of appeal*.

<sup>30</sup> V. punto 152 della decisione del giudice *Etherton*.

Ancora una volta è opportuno richiamare la presa di posizione della *Court of appeal* che criticò l'operato del giudice *Etherton* ove aveva esaminato profili degli *unless orders* che – secondo il giudice del riesame – avrebbero dovuto correttamente e ritualmente costituire oggetto di appello contro gli stessi – che non fu all'epoca presentato – con conseguente preclusione del loro esame:

"(...) It was argued before the judge that there was no good reason to require Mora and Chascona to produce a statement of assets. The judge was in effect asked to review the order of Lightman J. In my judgment, as the judge was not sitting on an appeal from that order, he should not have been asked to approach the matter in that way. It was relevant to ask what effect non-compliance with it had on the respondents, but it was inappropriate to question whether the order should ever have been made.

(...) Likewise, it was inappropriate to enquire whether it was proportionate for Raittee J to make an unless order to enforce compliance with the orders of Lightman J dated 23 July 1999. If the appellants had wished to argue that, they had the opportunity to appeal against the order of Raittee J but failed to take it"<sup>31</sup>.

Sebbene fosse emerso che, per buona parte, gli *unless orders* poggiassero su presupposti errati e per l'effetto la sanzione fosse stata inopportuna e sproporzionata, la *Court of Appeal* rilevò un difetto di competenza del giudice a verificare la correttezza dei medesimi: l'esame di tali profili era ormai precluso. Tale conclusione lascia quantomeno perplessi perché gli elementi esaminati sono determinanti nella valutazione dell'opportunità o meno di concedere il *relief from sanction*.

L'ultima parte della decisione è dedicata ad esaminare le ulteriori circostanze individuate dalla *CPR 3.9* che però sono per lo più trattate mediante un rimando ai rilievi già svolti.

Merita soltanto richiamare le conclusioni del giudice in relazione al punto avente ad oggetto

"What effect did the failure to comply have on the Claimants, on the one hand and Mora and Chascona, on the other hand?".

Vi fu la presa di coscienza – almeno momentanea – delle ab-

<sup>31</sup> V. punto 176 della decisione della *Court of appeal*.

normi conseguenze che nel caso di specie derivavano dalla disobbedienza all'ordine processuale:

*"So far as concerns Mora and Chascona, the effect of non-compliance was that judgments were entered against them for very substantial sums, well in excess of the value of their assets. Such judgments were entered without any trial on the merits, and so depriving them of the opportunity of presenting defences which, on the material before me, are arguable. This is plainly a most important factor to be taken into account in the exercise of my discretion under CPR r.3.9"<sup>92</sup>.*

Tale valutazione non portò peraltro all'epilogo che si sarebbe potuti ragionevolmente attendere ovvero il *relief from sanction* e la revoca del provvedimento di condanna.

Al termine dello specifico esame di tutte le circostanze rilevanti – *c.d. weighing up the factors* –, il giudice statuiti:

*"In exercising my discretion, I bear in mind that the overriding objective is to deal with the Proceedings and the Applications justly.*

*165. I fully recognise the importance to Mora and Chascona of being permitted to defend the serious claims against them, and to resist a huge liability in damages, at a full and proper trial on the merits, in circumstances in which it appears that they have arguable defences. In this regard, I am conscious of the resonance of Article 6. I take full note of the fact that they initially complied with the orders of the English court in 1997 and 1998, and that subsequent non-compliance was the result of the disastrous and misguided tactic of non-compliance adopted by Mr Gambazzi, apparently following discussions with Mr Ceppi. I take into account that the 'unless' order of 13<sup>th</sup> October 1998 proceeded on a mistaken basis, and there was, strictly, no breach of it by Mora. I also take into account that the part of the 'unless' order of 4<sup>th</sup> October 1999 requiring Mora to open a bank account also proceeded on a mistaken basis*

*166. Nevertheless, taking account of all the circumstances and in particular all the matters specified in CPR r.3.9, I am firmly of the view that the judgments should not be set aside in the present case.*

*167. I do not propose to rehearse in detail all those matters which I have identified earlier in this judgment as tending to the rejection of the Applications. They include the following important considerations as to the administration of justice, in particular deliberate non-compliance, against the advice of English lawyers, with the freezing order of Mr Justice Lightman of 23<sup>rd</sup> July 1999 in relation to the provision of statements*

<sup>92</sup> V. punto 162 della decisione del giudice Eberton.

*of assets and the 'unless' order of 4<sup>th</sup> October 1999, and also the public interest in the finality of litigation, in circumstances in which setting aside the judgments would revive complex and expensive litigation, which has been entirely resolved against the defendants; the prejudice or risk of prejudice to as fair and speedy a trial as there could have been if there had been compliance with the 'unless' orders or the Applications had been made promptly; the prejudice or risk of prejudice to the Claimants in the preparation and presentation of their case at a trial on the merits caused by delay since the judgments were entered against Mora and Chascona and the delay in making Applications; the additional costs (that is to say, over and above those that would have been incurred had the litigation proceeded continuously to trial in the usual way) that would, in effect, be borne by the Claimants themselves, if the judgments were to be set aside and the Claimants were to succeed in their claims. Finally, bearing in mind what I have said as to the apparently erroneous basis of the 'unless' order of 13<sup>th</sup> October 1998, I also take account that, in view of the much greater liability of Mora under the default judgment of 21<sup>st</sup> October 1999 (on the conspiracy claim) than under the earlier judgment of 4<sup>th</sup> February 1999 (on the tracing claim), there is no practical point in setting aside the earlier judgment unless the later judgment is also set aside".*

In conclusione, dall'esame sin qui condotto, è emerso un fatto: la sussistenza delle condizioni che normalmente porterebbero al *trial – a good arguable case and a good defence* – portano al rigetto dell'istanza in virtù della presunzione di esistenza del diritto dell'attore che ha ottenuto il *judgment without trial after striking out the defence*.

Si ha il sospetto che nel procedimento per ottenere il *relief from sanction or to set aside the default judgment* i giudici inglesi ritengano che il rispetto degli ordini processuali da loro emanati prevalga su ogni contrapposto diritto, anche su quello di avere un processo sul merito della domanda avanzata in giudizio.

Non pare così certo, ad avviso di chi scrive, che, nella vicenda esaminanda, vi sia stato quel corretto contemperamento fra la necessità che il processo si svolga in tempi ragionevoli, l'esigenza che in esso si accerti la verità e l'opportunità che questi obiettivi siano raggiunti con le limitate risorse disponibili: bilanciamento che, ove corretto, dovrebbe garantire l'obiettivo di una corretta amministrazione della giustizia. Pare, infatti, abbiano prevalso ragioni di mera convenienza pratica ed economica: fornita l'occasione da parte dei convenuti per non aprire un processo che si pro-

spettava complesso non solo sotto il profilo temporale, bensì e soprattutto in ordine alle valutazioni e verifiche da compiere sul merito della controversia risarcitoria avanzata, si è scelta la via più breve sulla base di una sicura, seppure arbitraria, valutazione di colpevolezza di tutti i convenuti che non pare possano avere partecipato in egual misura e con identiche responsabilità al presunto compimento del fatto illecito.

SEZIONE SECONDA  
IL RICONOSCIMENTO DELLE DECISIONI INGLESI  
IN EUROPA E NEGLI STATI UNITI

**CAPITOLO I**  
**LA RICHIESTA DI EXEQUATUR**  
**DEL DEFAULT JUDGMENT**  
**E DELLA MAREVA INJUNCTION IN EUROPA**  
di Margherita Salvadori

**SOMMARIO:** 1. Note introduttive. - 2. Le decisioni del giudice francese. - 2.1. L'*exequatur del judgement without trial after striking out*. - 2.2. Il rigetto dell'opposizione avverso la *Mareva injunction*. - 3. L'*exequatur del judgement without trial after striking out* in Lussemburgo. - 4. Le richieste di *exequatur* avanti alla giurisdizione Svizzera. - 4.1. L'ordine di esibizione dei documenti ed il rispetto del segreto professionale tutelato dall'ordine pubblico del foro nella decisione del giudice ticinese. - 4.2. La diversa valutazione del Tribunale Federale d'appello, ma ancora il rifiuto dell'*exequatur*. - 4.3. Il diritto di ritenzione del fascicolo e la conseguente limitazione del diritto di difesa del convenuto nel procedimento inglese. - 5. Il diniego di *exequatur* nel Principato di Monaco.

**I. Note introduttive**

Le decisioni inglesi relative alla responsabilità degli amministratori dell'*edge found canadese, Castor Holding Ltd.*, vennero eseguite in Europa sia in Stati membri dell'Unione Europea, sia in Stati non membri.

Al tempo il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti inglesi in Stati membri dell'Unione europea erano disciplinati dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale<sup>1</sup> - così per le richieste di *exequatur* presentate in

<sup>1</sup> La Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale ed il riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale (versione consolidata v. G.U.C.E. C27 del 26 gennaio 1998, 1 ss.) aveva la base giuridica nell'art. 293 (ex art. 220) del Trattato CE. La relazione sulla Convenzione di Schlosser, in G.U.C.E. 5.3.1979, n. C59. Sulla Convenzione di Bruxelles del 1968, POCAR, *La Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, III ed., Milano, 1995; CALVO CARAVACA (a cura di), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1995. Rileviamo fin d'ora che la Convenzione di Bruxelles del 1968 è stata sostituita dal regolamento 44/2001, c.d. *Regolamento Bruxelles I*, che, dal 15 gen-

Francia ed in Lussemburgo –, mentre per gli Stati non membri la disciplina era dettata o dalla Convenzione di Lugano del 1988 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, c.d. Convenzione parallela<sup>2</sup> – questo il caso della Svizzera –, oppure dalla disciplina nazionale relativa al riconoscimento dei giudicati stranieri – come nel caso del Principato di Monaco.

È interessante notare fin d'ora come, pur riguardando gli stessi provvedimenti, gli ordinamenti cui venne richiesta l'esecuzione abbiano risposto in modo diverso. In particolare, là dove si fece applicazione della Convenzione di Bruxelles è stato possibile eseguire tali provvedimenti in forza del regime uniforme di libera circolazione europea – così in Francia, Lussemburgo ed Italia –,

naio 2015, è stato sostituito dal regolamento 1215/2012, c.d. *Regolamento Bruxelles I bis*, c.d. *rifusione*.

<sup>2</sup> Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *G.U.C.E.* 25.11.1988, n. L319. Sulla Convenzione di Lugano del 1988, v. BARNI, *Prime considerazioni sulla Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988 sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, 529 ss.; DUCZ, *La Convention de Lugano parallèle à la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Revue critique de droit int. privé*, 1989, 1 ss.; GAUDENET-TALLON, *Les conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, II ed., Parigi, 1996; DUCCHINI TERNIERI, *Judicial Interpretation of the 1988 Lugano Convention on Jurisdiction and Judgments in the Light of its Brussels Matrix: the Convergence Confirmed*, in *Yearbook of Private Int. Law*, 2001, p. 1 ss.; *La Convention de Lugano. Passé, présent et devenir*, a cura di BONOMI, CASMIN-BETAINE, ROMANO, Zürich, 2007. La Convenzione di Lugano è stata rinegoziata nel 2007 tra gli Stati membri dell'Unione e Islanda, Norvegia e Svizzera. Con il parere 1/2003 la Corte di Giustizia ha affermato la competenza della Comunità Europea a stipulare la nuova Convenzione di Lugano sulla giurisdizione e il riconoscimento delle sentenze, competenza dell'Unione affermata in ragione dello stretto collegamento tra questa Convenzione ed il reg. 44/2001 sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale. Cfr. decisione 2009/430/CE del 27 novembre 2008 relativa alla conclusione della convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, c.d. Convenzione di Lugano 2007, in *G.U.U.E.* 10 giugno 2009, n. L147, 1 ss. Relazione sulla Convenzione di Lugano 2007. Cfr. FRANZINA P., *Le condizioni di applicabilità del regolamento (CE) n. 44/2001 alla luce del parere 1/03 della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. intern.*, 2006, 948 ss.; LAVRANOS, *Opinion 1/03, Lugano Convention*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 1087 ss.; CANNIZZARO, *Le relazioni esterne della Comunità: verso un nuovo paradigma unitario?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 223 ss.; ROSSI, *Conclusioni di accordi internazionali e coerenza del sistema: l'esclusività della competenza comunitaria*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 1008 ss.

mentre negli ordinamenti di Stati non parti di tale convenzione ha trovato maggiore spazio la valutazione del giudice adito in merito all'effettivo rispetto dei diritti di difesa con conseguente rigetto delle domande di esecuzione – come è avvenuto, sebbene attraverso diversi percorsi argomentativi, in Svizzera e nel Principato di Monaco.

## 2. Le decisioni del giudice francese

### 2.1. L'*exequatur* del judgement without trial after striking out

L'ordinanza del Presidente del Tribunale di grande istanza di Parigi del 3 dicembre 2004 dichiarò esecutiva la decisione inglese della *High Court of Justice* del 10 dicembre 1998 e l'ordinanza della *High Court of Justice* del 17 marzo 1999 (v. sez. I, cap. 3).

La richiesta degli investitori canadesi nei confronti del sig. Marco Gambuzzi, membro del consiglio di amministrazione dell'*edge found*, venne accolta alla luce di questi presupposti: i provvedimenti inglesi erano stati regolarmente notificati,

*“le jugement daté du 10 Décembre 1998 et l'ordonnance ont été régulièrement signifiées au défendeur”;*

non era rilevabile alcuna violazione delle regole di competenza previste dalla Convenzione di Bruxelles, *“aucune règle de compétence visée aux articles 7 à 16 de la Convention de Bruxelles précitée n'a été méconnue”*; la procedura seguita era stata regolare, *“la procédure suivie était régulière”*; trattandosi di provvedimenti resi dopo l'estromissione del convenuto, il giudice francese verificò che l'atto introduttivo gli fosse stato notificato in tempo utile affinché egli potesse difendersi, *“s'agissant d'une procédure par défaut, l'acte introductif d'instance a été signifié au défendeur défaillant régulièrement et en temps utile pour qu'il puisse se défendre ainsi qu'il résulte des pièces jointes à la présente requête”*; le decisioni inglesi non erano contrarie all'ordine pubblico francese, *“ces décisions ne sont pas contraires à l'ordre public français”*; si trattava di decisioni esecutive nell'ordinamento inglese nei confronti delle quali non venne proposto appello, *“elles sont exécutoires,*



*aucun recours n'a été formé à leur encontre*"; non erano incompatibili con altre decisioni francesi riguardanti le stesse parti, *"elles ne sont pas inconciliables avec une décision rendue en France entre les mêmes parties"*. Per tutte queste ragioni, il giudice francese affermò essere rispettate tutte le condizioni richieste dalla Convenzione di Bruxelles per il riconoscimento e l'esecuzione in Francia delle decisioni inglesi, *"elles remplissent donc les conditions exigées par le chapitre III de la Convention de Bruxelles précitée"*.

L'apposizione della formula esecutiva venne accompagnata dall'indicazione della possibilità di farvi opposizione nel termine previsto dall'art. 36 della Convenzione di Bruxelles<sup>3</sup>, ma nessuna opposizione venne proposta contro il provvedimento di *exequatur* del *judgement without trial after striking out*.

## 2.2. Il rigetto dell'opposizione avverso la *Mareva injunction*

Il sig. Stolzenberg, presidente ed amministratore delegato del *Castor Group*, propose opposizione contro l'accoglimento della richiesta di riconoscimento dei provvedimenti cautelari ottenuti dagli investitori canadesi nell'ordinamento inglese (v. sez. 1, cap. 2). L'ordinanza del Presidente del Tribunale di grande istanza di Parigi del 15 giugno 1998 aveva dichiarato esecutive le decisioni inglesi della *High Court of Justice* del 25 febbraio 1998 e del 24 aprile 1998, nonché l'ordinanza del 24 aprile 1998, la *Mareva Injunction*; avverso questo provvedimento lo Stolzenberg propose ricorso avanti alla Corte d'appello di Parigi<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> L'art. 36 della Convenzione di Bruxelles stabilisce che *"Se l'esecuzione viene accordata, la parte contro cui viene fatta valere può proporre opposizione nel termine di un mese dalla notificazione della decisione. 2. Se la parte è domiciliata in uno Stato contraente diverso da quello della decisione che accorda l'esecuzione, il termine è di due mesi a decorrere dal giorno in cui la notificazione è stata fatta alla persona cui è diretta o al domicilio della medesima. Detto termine non è prorogabile per ragioni inerenti alla distanza"*. Quindi nel caso di specie il termine per proporre opposizione era di 2 mesi dalla notificazione dell'ordinanza del Presidente del Tribunale di grande istanza di Parigi.

<sup>4</sup> V. *Revue critique de droit international privé*, 2002, 704 ss.; CUMBERTI, *La reconnaissance en France des jugements par défaut anglais. A propos de l'affaire Gambazzi-Stolzenberg*, in *Revue critique de droit international privé*, 2009, 685 ss.

Numerosi furono i motivi di ricorso posti a fondamento dell'opposizione all'esecuzione in Francia dei provvedimenti cautelari inglesi. In particolare la difesa Stolzenberg rilevò che il giudice inglese avrebbe dovuto dichiarare la propria incompetenza a favore del giudice tedesco di Darmstadt, dove il convenuto era domiciliato<sup>5</sup>, che le decisioni fossero prive di motivazione quindi rese in violazione dei parametri individuati dalla Convenzione europea a tutela del c.d. 'giusto processo', e che la notificazione del procedimento inglese effettuata l'11 marzo 1997 fosse irregolare, quindi nulla.

In quest'occasione il ricorrente aveva anche chiesto al giudice francese di proporre tre questioni pregiudiziale alla Corte di giustizia di Lussemburgo. Sebbene la Corte d'Appello di Parigi non accolse il suggerimento, è interessante ricordare quali questioni interpretative la difesa attrice chiese di sottoporre al giudice europeo:

*"a) pour retenir sa compétence dans le cadre de la Convention de Bruxelles, la High Court pouvait-elle le faire sur la seule base d'un good arguable case sans que jamais la question n'ait fait l'objet d'un examen réel?"*

*b) la High Court pouvait-elle retenir sa compétence sur la base du domicile allégué de M. Stolzenberg au 1<sup>er</sup> août 1996 date de l'émission du writ et non au 11 mars ou en juin 1997, dates de la signification du writ à M. Stolzenberg?"*

*c) la Cour de Paris doit-elle surseoir à statuer en attendant la décision de la Cour d'Appel de Francfort qui détermine si le Tribunal de Darmstadt a été le premier saisi du litige entre les parties avant que la High Court soit elle-même saisie?"*.

<sup>5</sup> Coerentemente con questa impostazione difensiva lo Stolzenberg aveva adito il giudice tedesco ma il Tribunale di Darmstadt aveva declinato la competenza a favore del giudice inglese che era il giudice preventivamente adito, cioè la giurisdizione che in base alle regole della convenzione di Bruxelles doveva decidere sulla propria competenza e solo successivamente all'eventuale declaratoria di incompetenza del giudice inglese la domanda avrebbe potuto essere decisa dal giudice tedesco. Correttamente il giudice francese non dà spazio a questa eccezione. Infatti il sistema del mutuo riconoscimento ed efficacia delle decisioni straniere non richiede vi sia una correlazione tra l'applicazione dei criteri di giurisdizione individuati e l'attribuzione di efficacia alla decisione straniera; ciò anche nell'ipotesi di mancato rispetto della regola della litispendenza, v. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, III ed., Cedam, Padova, 2006, p. 322.

La Corte d'Appello di Parigi invece confermò che nel sistema della Convenzione di Bruxelles non era possibile controllare la competenza del giudice d'origine della decisione di cui è chiesto il riconoscimento, se non nel caso in cui fossero state violate le competenze esclusive ed in alcuni casi previsti per i contratti d'assicurazione e dei consumatori; ritenne che nessuna di queste condizioni fosse presente nella decisione inglese, quindi decise di non proporre alcuna questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia - a differenza di quello che in un momento successivo fece la Corte d'Appello di Milano (Sez. III, cap. 1).

Anche l'eccezione di nullità della notificazione non venne accolta. Infatti sebbene il controllo sulla regolarità della notificazione dovesse essere fatto sia nell'ordinamento di origine delle decisioni, sia nell'ordinamento in cui è richiesto il riconoscimento, la Corte parigina fece proprie le valutazioni operate dal giudice inglese:

*"Considérant que suivant les certificats délivrés le 27 mai 1998 par la juridiction anglaise aux termes du Civil Jurisdiction and Judgement Act del 1992, l'acte introductif d'instance devant la High Court du 1er août 1996 a été régulièrement signifié le 11 mars 1997 à M. Wolfgang Otto Stolzenberg à la dernière adresse connue de celui-ci à Londres; (...) Considérant que M. Wolfgang Otto Stolzenberg n'établit pas qu'il ait fait connaître sa nouvelle adresse aux sociétés Mellon, Royal Trust Canada et Chrysler ni aux autorités judiciaires anglaises à qu'il les ait informées avoir quitté Londres ou le territoire britannique, que le cours de la justice ne peut être arrêté par la disparition ou la fuite du défendeur".*

Il giudice francese ritiene anche utile precisare che

*"l'article 27 alinéa 2 de la Convention de Bruxelles n'exigeant pas que le défendeur ait eu effectivement connaissance de l'acte introductif d'instance mais seulement qu'il ait été à même de recevoir l'acte introductif d'instance en temps utile ou que toute diligence ait été faite à cette fin par le demandeur comme en l'espèce ou l'acte introductif d'instance du 1er août 1996 a été signifié le 11 mars 1997 et, après discussion devant le juge anglais sur la validité de cette signification, a été sur autorisation du tribunal, signifié à nouveau courant juin de la même année à des adresses différentes à Londres et diffusé par voie de presse internationale".*

Alla luce di queste affermazioni la decisione parziale del 5 ottobre 2000 stabilì che la decisione inglese fosse una decisione di diritto civile che, in quanto tale, potesse essere riconosciuta dall'ordinamento francese,

*"l'ordonnance du 24 avril 1998 est une décision de droit privé et non une décision pénale ou une mesure d'exécution dont l'autorité est limitée au territoire du for, (...) la réception dans l'ordre juridique français des mesures provisoires ou de protection ordonnées n'est pas contraire à l'ordre public international".*

Né accolse le altre allegazioni del convenuto e statui che quest'ultimo non avesse offerto precise e pertinenti prove di violazioni manifeste dei suoi diritti di difesa:

*"les allégations de M. Wolfgang Otto Stolzenberg sur la violation de ses droits fondamentaux de procédure ne sont étayées sur rien d'autre qu'une condamnation générale de la procédure civile anglaise sans aucune démonstration précise et pertinente de l'existence d'une violation manifeste de ses droits de la défense dans l'instance qui l'a opposé aux sociétés Mellons".*

Precisò che anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo avrebbe potuto consentire il ricorso alla clausola dell'ordine pubblico per rifiutare il riconoscimento di una decisione resa da un giudice dell'Unione in caso di violazione manifesta dei diritti di difesa. In punto assenza di motivazione delle decisioni inglesi quale violazione sia dell'art. 6 della stessa Convenzione europea sia dell'ordine pubblico francese, la Corte ritenne di non avere tutti gli elementi, quindi rinviò la decisione della questione alla sentenza definitiva del 16 giugno 2001, ma chiese di avere la traduzione in lingua francese sia del fascicolo di causa del procedimento inglese sia della corrispondenza avvenuta con i legali di controparte. Infatti,

*"Considérant enfin que l'exigence d'une motivation des jugements en droit judiciaire privé français n'est pas d'ordre public international, que le défaut de motivation ne constitue un obstacle à l'efficacité d'une décision étrangère en France seulement lorsque ne sont pas produits des documents de nature à servir d'équivalent à la motivation défaillante (...) il convient d'ordonner la réouverture des débats pour demander aux intimés d'identifier avec précision les pièces qu'elles invoquent pour établir l'existence d'un équivalent de motivation, de faire procéder à leur éventuelle traduction en langue française et de les communiquer à leur adversaire".*

\* Sulla teoria della motivazione della decisione giudiziale per equivalente si vedano nella dottrina francese: MORRE-SURASTRI, *La motivation de la décision de justice étrangère dans la procédure d'exequatur*, Recueil Dalloz, n. 1, 2009, pp. 59 ss.; CROSMARI, *La re-*

Alle società canadesi che avevano chiesto il riconoscimento incombeva quindi l'onere di provare nel giudizio di opposizione la motivazione dei provvedimenti inglesi e, considerata l'ampiezza e la complessità della documentazione versata nel giudizio, il giudice francese ritenne necessario riaprire il contraddittorio sul punto affinché le parti determinassero con precisione quali documenti fossero rilevanti per "ricostruire" la motivazione della *Mareva Injunction*.

La questione veniva quindi successivamente decisa con sentenza 14 giugno 2001. Il giudice francese individuò nello "Statement of Claims" presentato dagli attori il 22 dicembre 1997 la prova della motivazione per equivalente della decisione inglese, motivazione che in quanto tale, ex art. 29 della Convenzione di Bruxelles, è insindacabile dal giudice del riconoscimento al quale è sempre impedito ogni riesame nel merito della decisione straniera. In particolare, secondo la corte parigina,

*"la demande ('Statement of Claims') du 22 décembre 1997 expose de manière détaillée au cours de 140 pages (...) la fraude commise par M. Wolfgang Otto Stolzenberg au détriment des sociétés (...) en recueillant notamment leurs fonds pour investir dans une société Castor dont il était le principal animateur, laquelle a par la suite connu des difficultés financières en dépit du bilan promoteur qui avait été dressé au moment du placement"*.

Superata la censura di difetto di motivazione della *Mareva Injunction* attraverso la motivazione per equivalente rinvenuta nello *Statement of Claim*, la Corte d'appello di Parigi confermò l'ordinanza del Presidente del Tribunale di grande istanza di Parigi che il 15 giugno 1998 aveva dichiarato esecutivi nell'ordinamento francese i provvedimenti cautelari inglesi. Confermò che detti provvedimenti erano decisioni per le quali la Convenzione di Bruxelles stabiliva l'obbligo di riconoscimento, rilevando che pur essendo la richiesta di esecuzione riferita a delle misure prov-

*connaissance en France des jugements par défaut anglais - A propos de l'affaire Gambazzi-Stolzenberg*, in RCDIP, 2009, pp. 685 ss.; CAVAZZINI, *La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères - L'office du juge de l'exequatur, l'ordre public et le forulum*, in RCDIP, 2014, pp. 1 ss.; MAYER, HONZÉ, *Droit international privé*, 11<sup>e</sup> éd., 2014, pp. 265 ss. Tra la giurisprudenza della *Cour de Cassation* segnaliamo Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 ottobre 2008, n. 06-15577, nonché la più recente Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 maggio 2014, n. 13-10553.

visorie, essa era stata regolarmente notificata ai convenuti, unitamente alla data dell'udienza di discussione:

*"l'ordonnance intervenue le 24 avril 1998 dans le cadre d'une procédure ouverte le 1er août 1996 par un acte introductif d'instance qui a été signifié le 11 mars 1997 a été précédé d'une citation spécifique ('Notice of motion') délivrée le 21 avril 1998 exposant que le tribunal siégerait le 24 suivant pour statuer sur la demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Mellon"*.

Sulla base di queste osservazioni, la Corte d'Appello di Parigi ritenne che, nello svolgimento della procedura avanti al giudice inglese fossero stati rispettati i diritti di difesa del convenuto e, di conseguenza, fossero state rispettate le condizioni per il riconoscimento rispettivamente previste dagli articoli 27.2, 46.2 e 47.1 della Convenzione di Bruxelles. Vale a dire, la domanda giudiziale od un atto equivalente era stato notificato al convenuto contumace regolarmente ed in tempo utile perché questi potesse presentare le proprie difese; trattandosi di una decisione contumaciale era stato depositato l'originale, o una copia certificata conforme, del documento comprovante che la domanda giudiziale od un atto equivalente era stato notificato o comunicato al contumace e la parte che chiedeva l'esecuzione aveva provato che, secondo la legge dello Stato di origine, le decisioni erano esecutive in Inghilterra ed erano state notificate alla parte nei cui confronti erano fatte valere.

La *Cour de Cassation*, con sentenza 30 giugno 2004, confermò la decisione della Corte d'appello di Parigi, definitivamente rigettando l'opposizione proposta dal sig. Stolzenberg avverso il riconoscimento della *Mareva injunction* nell'ordinamento francese.

### 3. L'exequatur del judgement without trial after striking out in Lussemburgo

Il 30 novembre 2004 le società canadesi, CIB Mellon Trust Company e Daimler Chrysler Canada che avevano investito per i fondi pensione nell'*edge fund* fallito, depositarono presso la Cancelleria del Tribunale distrettuale di Lussemburgo la richiesta

di esecuzione delle due sentenze inglesi del 10 dicembre 1998 e del 19 marzo 1999 (v. sez. I, cap. 3) dichiarando

*"che sussistono le condizioni per l'applicazione del Capitolo II del regolamento (CE) 44/2001 del Consiglio delle Comunità europee del 22 dicembre 2000 riguardante la competenza giudiziaria e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale"*<sup>1</sup>.

Il 14 dicembre 2004 il Presidente del Tribunale distrettuale, ritenendo che

*"sussistono tutte le condizioni legali per ottenere l'esecutività",*

appone la formula esecutiva ai provvedimenti inglesi, dichiarandoli

*"esecutive nel Grand Ducato del Lussemburgo come se fossero state emesse da una giurisdizione locale"*

ed ordinando

*"a tutti gli uffici giudiziari, a ciò richiesti, di rendere esecutiva la presente sentenza"*

e

*"a tutti i comandamenti e funzionari di forza pubblica di prestare la loro assistenza, allorché sarà loro legittimamente richiesto"*.

Il provvedimento venne notificato all'avv. Gambazzi il 6 gennaio 2005 e, in assenza di atti d'opposizione o d'appello, il provvedimento passò in giudicato.

Notiamo che il provvedimento del giudice lussemburghese fa riferimento al regolamento 44/2001, cioè alle disposizioni che hanno sostituito la Convenzione di Bruxelles del 1968 a partire dal 1 marzo 2002. In realtà, ex art. 66 del Regolamento 44/2001 avrebbero potuto essere attratte nella nuova disciplina solo le decisioni emanate in data successiva alla sua entrata in vigore, e questo non era il caso delle decisioni inglesi<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Il provvedimento viene qui riprodotto in lingua italiana, e non nell'originale in lingua francese, sulla base della traduzione asseverata depositata nel procedimento di *exequatur* in Italia (v. sez. III, cap. 1).

<sup>2</sup> In particolare l'art. 66.2 del reg. 44/2001 stabilisce possano essere riconosciute con le nuove disposizioni le decisioni pronunciate in data successiva all'entrata in vigore del regolamento quando pronunciate nell'ambito di procedimenti iniziati anteriormente al 1 marzo 2002 da giudici di Stati comunitari la cui competenza sia stata ac-

#### 4. Le richieste di *exequatur* avanti alla giurisdizione Svizzera

Al di fuori dello spazio giudiziario dell'Unione europea, il primo tribunale che ebbe a pronunciarsi sul riconoscimento dei provvedimenti inglesi fu il Tribunale Federale Svizzero nella cui giurisdizione avevano domicilio alcuni degli amministratori della banca d'affari canadese Castor Holding Ltd. Distinte procedure di *exequatur* furono attivate nei confronti di due amministratori che erano stati condannati dal giudice inglese (avanti al quale i due amministratori del gruppo Castor avevano seguito diverse linee difensive): la prima nel Cantone di Zug nei confronti di *Edwin Banziger* relativa alle decisioni inglesi del 20 maggio e del 12 giugno 1998, la seconda nel Cantone del Ticino nei confronti di Marco Gambazzi relativa alle decisioni inglesi del 10 dicembre 1998 e del 17 marzo 1999 (v. sez. I, cap. 3). I giudici di prime cure concessero l'*exequatur* sia nei confronti di *Banziger* sia nei confronti di Gambazzi, entrambi amministratori dell'*edge found*.

Avverso entrambe le decisioni venne proposto appello.

Nei confronti di *Banziger* il Tribunale federale d'appello con sentenza 4 giugno 2002 (causa 4P.48/2002) confermò la decisione di primo grado consentendo l'esecuzione della decisione inglese sul territorio svizzero<sup>3</sup>.

Nei confronti di Gambazzi, invece, la decisione d'appello riformò quella di primo grado del Pretore di Lugano. Infatti la sentenza 25 febbraio 2004 della seconda camera civile del Tribunale d'appello del Cantone del Ticino accolse l'opposizione proposta dal Gambazzi e respinse la richiesta di *exequatur* del *judgement*

certata sulla base di criteri di giurisdizione conformi a quelli previsti dallo stesso regolamento o da una convenzione tra lo Stato membro d'origine e lo Stato membro richiesto, in vigore al momento in cui l'azione è stata proposta.

<sup>3</sup> V. paragrafo 3.2 della sentenza della seconda camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino 25 febbraio 2004, in relazione alla posizione di *Banziger*, dove viene precisato: *"In quella decisione (TF 4 luglio 2002 4P.48/2002) si è ritenuto che, al proposito della pari eccezione qui sollevata, la dottrina (...) non considerava la particolare procedura inglese un caso di violazione del diritto di essere sentito poiché la parte aveva causato essa stessa, con il suo comportamento di rifiuto ad adempiere gli ordini cautelari del giudice, l'esclusione dal procedimento (consid. 3 b, aa in fine) e questa conseguenza le era nota e le era stata concretamente minacciata (consid. 3 b, cc)"*.

*without trial after striking out*. Decisione che venne confermata dalla Prima Corte civile del Tribunale Federale prima con sentenza 9 novembre 2004, poi con sentenza 15 novembre 2005 resa dalla stesso Tribunale decidendo una domanda di revisione presentata dalle società canadesi<sup>10</sup>.

#### 4.1. L'ordine di esibizione dei documenti ed il rispetto del segreto professionale tutelato dall'ordine pubblico del foro nella decisione del giudice ticinese

Avanti al Tribunale d'Appello del Cantone Ticino questione centrale fu la determinazione della nozione e dei limiti dell'ordine pubblico processuale svizzero ai fini del riconoscimento di una sentenza straniera<sup>11</sup>.

Le disposizioni di riferimento erano quelle della Convenzione di Lugano del 1988 (CL nel testo delle decisioni in commento), c.d. Convenzione parallela alla Convenzione di Bruxelles del 1968, unitamente alla giurisprudenza interpretativa resa dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea con riferimento all'art. 27.1 della Convenzione di Bruxelles del 1968<sup>12</sup>, nonché il principio dell'equo processo di cui all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, segnatamente in relazio-

<sup>10</sup> Sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere nell'ordinamento svizzero si vedano WALTHER, in WALTER, BAUMGARTNER, *Recognition and enforcement of foreign judgments outside the scope of the Brussels and Lugano Conventions - Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des Conventions de Bruxelles et de Lugano - Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen ausserhalb der Übereinkommen von Brüssel und Lugano*, Kluwer Law International, 2000, p. 541 ss.; II. *Kommission des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht* (a cura di), STOLL, *Stellungnahmen und Gutachten zum Europäischen Internationalen Zivilverfahrens- und Versicherungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1991, p. 135 ss.

<sup>11</sup> V. paragrafo 3.1 della sentenza della seconda camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino 25 febbraio 2004.

<sup>12</sup> La competenza interpretativa della Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale opera soltanto negli ordinamenti degli Stati dell'Unione e non in quelli dei paesi aderenti alla parallela Convenzione di Lugano, che non sono sottoposti alla giurisdizione della Corte. In forza del protocollo n. 2 della Convenzione di Lugano essi riconoscono il valore essenziale dei precedenti interpretativi della Corte nell'evoluzione del sistema giudiziario europeo.

ne al diritto di difesa ed al rispetto del contraddittorio, ed all'ordine pubblico processuale quale strumento di tutela dei valori essenziali dell'ordinamento svizzero.

*"L'eccezione che appare, a prima vista, più pertinente e consistente è quella riferita alla pretesa contrarietà del riconoscimento delle decisioni inglesi all'ordine pubblico svizzero (art. 27 n. 1 CL) perché emanate in regime di 'contempt of court', ossia con l'esclusione ('debarment') della qui opponente dal poter partecipare al processo, e trattata come se fosse contumace, quale conseguenza del non aver dato seguito a degli ordini giudiziali cautelari, nel caso specifico alle ingiunzioni Mareva. Che ciò sia effettivamente accaduto, nel senso che la procedura di merito che ha portato alle sentenze di cui si chiede esecuzione si sia svolta in questo modo, lo ammettono anche le istanti"*<sup>13</sup>.

Secondo la valutazione del Tribunale ticinese, l'ordine pubblico procedurale sarebbe violato qualora fossero disattesi, in modo inconciliabile con il sentimento di giustizia e con i valori di uno stato di diritto, principi fondamentali generalmente riconosciuti negli ordinamenti giuridici vigenti.

*"In generale la clausola d'ordine pubblico deve poter escludere l'ingresso di valori troppo eccentrici rispetto ad uno standard medio condiviso da un numero significativo di ordinamenti giuridici statali (...) e la procedura in regime di contempt of court è rappresentativa di un tale valore estraneo"*<sup>14</sup>.

In questa prospettiva il Tribunale ticinese individuò nei provvedimenti inglesi alcuni elementi ostativi al riconoscimento.

In primo luogo la violazione del diritto di difesa in ragione della contumacia del convenuto,

*"la garanzia minima della possibilità di difesa dev'essere reale ed effettiva e non soltanto teorica, potendo essere oggetto di rinuncia o di fatto non esercitata, per sua libera scelta, dall'interessato (...). Un conto è rendersi consapevolmente contumace, un altro conto è vedersi imposta la situazione di contumacia con atto d'imperio. (...) Un criterio per determinare se vi è violazione dell'ordine pubblico nel rendere esecutiva una decisione inglese, emanata in regime di contempt of court, è quello a sapere*

<sup>13</sup> V. paragrafo 3 della sentenza della seconda camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino 25 febbraio 2004.

<sup>14</sup> V. paragrafo 3.2. in fine della sentenza della seconda camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino 25 febbraio 2004.

se esistevano o meno alternative per il tribunale, nonostante il non adempimento dei suoi ordini, di continuare con il processo (...). È necessario qui ricordare brevemente che lo scopo della sanzione del contempt of court come quella adottata in concreto, nel senso di escludere la parte dal processo, è quello di tentare di costringerla ad adempiere gli ordini del tribunale in mancanza, nel diritto inglese, di norme specifiche al proposito dell'esecuzione di obbligazioni di fare o di non fare, come del resto appare dalle affermazioni del giudice Raine (...): "In quale altro modo lei suggerisce che dovrei rendere esecutivo questo ordine giudiziario, se non pronunciando questo ordine" (n.d.r. la preclusione)"<sup>15</sup>.

Questo perché, a parere del giudice ticinese, il giudice inglese avrebbe potuto utilizzare dei rimedi alternativi, precisamente la Convenzione dell'Aja del 1970 sulle rogatorie internazionali<sup>16</sup>, per ottenere dal sig. Gambazzi i documenti richiesti.

"A giudizio di questa Camera esistevano concrete alternative per rendere esecutivi gli ordini cautelari e ciò attraverso la domanda d'esecuzione, secondo la CL, per quei dispositivi che riguardavano il blocco di beni e le limitazioni di disporre e la via della rogatoria internazionale per la consegna della chiesta documentazione (...), secondo la Convenzione dell'Aja del 18 marzo 1970 (RU 0.274.132), alla quale hanno aderito sia la Svizzera sia il Regno Unito. Il processo di merito come tale non avrebbe subito nessun pregiudizio né in funzione temporale né in prospettiva di agevolare, in qualche modo nella ricerca della verità e nell'esecuzione dell'eventuale decisione di merito a lei sfavorevole, la convenuta qui opponente. Con il che fa difetto anche qualsiasi congruenza e proporzionalità della conseguenza tombale della sanzione procedurale adottata dal giudice inglese, (...) va osservato che l'art. 9 cpv. I della citata Convenzione dell'Aja prescrive che l'autorità giudiziaria che procede all'esecuzione di una rogatoria applica la legge del proprio paese per quanto riguarda la procedura da seguire e che l'art. 10 prevede che nell'eseguire una rogatoria l'autorità richiesta applica i mezzi di costrizione appropriati e previsti

<sup>15</sup> V. paragrafo 3.3. e 3.4. in fine della sentenza della seconda camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino 25 febbraio 2004.

<sup>16</sup> La Convenzione dell'Aja del 18 marzo 1970 sull'assunzione all'estero delle prove in materia civile e commerciale, stabilisce che quando un mezzo di prova debba essere assunto all'estero si debba far ricorso alla c.d. rogatoria internazionale, che consiste nella richiesta per via diplomatica avanzata da un'autorità giudiziaria di un paese alla competente autorità giudiziaria straniera, affinché siano eseguiti determinati provvedimenti istruttori. Questa Convenzione è stata ratificata dal Regno Unito nel 1976 e dalla Svizzera nel 1994, quindi al tempo del procedimento inglese era vincolante per entrambe gli Stati. v. il sito del Governo Svizzero <http://www.admin.ch/opc/official-compilation/2001/1928.pdf>.

dal proprio diritto interno che, in Svizzera, nel caso di inadempimento non è certo l'imposizione della contumacia"<sup>17</sup>.

Un secondo elemento ostativo al riconoscimento della sentenza inglese venne ravvisato nella violazione del diritto di difesa ricondotta al diritto delle parti ad essere sentite dal giudice ed alla carenza di motivazione della decisione straniera. Precisamente il Tribunale d'Appello volle

"esaminare se il giudice, indipendentemente dall'esclusione della parte dal processo, ha considerato le motivazioni che, eventualmente, questa parte aveva potuto addurre precedentemente (...). Tale esame non è possibile poiché le sentenze di merito non sono, assolutamente, motivate. Mancando questa opportunità, la cui prova è a carico di chi si avvale della sentenza, risulta inutile indagare se, come le istanti pretendono, la difesa approntata dall'opponente nella partecipazione alle udienze per la discussione riguardante l'ingiunzione Mareva era già da considerare difesa nel merito e quindi era stato, nonostante tutto, salvaguardato il suo diritto di essere sentito. Nemmeno è possibile dedurre che il giudice inglese abbia considerato, per le decisioni di merito, le argomentazioni della convenuta per il fatto che lo stesso giudice affermi: "Dopo aver letto le prove prodotte dai convenuti sono chiaramente dell'opinione che gli attori hanno dimostrato un good arguable case che giustifica l'ordine pronunciato nel giugno del 1996 (...) poiché quell'esame era riferito ed inteso al giudizio sulle ingiunzioni Mareva e non appare, da nessuna parte, che il giudice le abbia nuovamente considerate per la pronuncia sul merito. La combinazione di una procedura in regime di contempt of court con una sentenza immotivata, che quella procedura conclude, è allora rappresentativa di un'incisiva violazione del diritto di essere sentito"<sup>18</sup>.

In terzo luogo, il Tribunale d'Appello ticinese ravvisò un ulteriore elemento di contrarietà all'ordine pubblico processuale svizzero per violazione del contraddittorio nel mancato accesso agli atti di causa in forza dell'esercizio del diritto di ritenzione del precedente avvocato del convenuto. In particolare rilevò che

"dopo aver revocato il mandato al suo precedente patrocinatore che deteneva tutta la documentazione di causa, la convenuta non ha potuto prendere visione della stessa perché l'avvocato la tratteneva a garanzia

<sup>17</sup> V. paragrafo 3.4. e 3.5. in fine della sentenza della seconda camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino 25 febbraio 2004.

<sup>18</sup> V. paragrafo 3.6 della sentenza della seconda camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino 25 febbraio 2004.

del pagamento dei suoi onorari e perché nemmeno il tribunale gli ha permesso l'accesso a quegli stessi atti. Alla specifica richiesta del nuovo avvocato della convenuta il tribunale ha risposto: "Signor Gambuzzi questo è un suo problema. Qualsiasi documento depositato presso la corte è considerato proprietà della corte e la costante prassi è che la corte non rilascia documenti in casi cui tale rilascio possa in qualche modo compromettere un diritto di ritenzione esercitato da uno studio legale in modo corretto" (...). Ora il diritto ad una procedura in contraddittorio, che è uno degli elementi di una procedura equa ai sensi dell'art. 6 §1 CEDU, implica che ogni parte al processo abbia, per principio, la facoltà di prendere conoscenza e di discutere ogni documento ed ogni argomentazione presentata al giudice (...). Il giudice dell'exequatur deve quindi verificare che la parte nel procedimento estero ha avuto la possibilità di esprimersi su ogni atto del processo"<sup>19</sup>.

La richiesta di esecutività venne quindi respinta dal Tribunale d'Appello ticinese – riformando la decisione di primo grado del Pretore di Lugano – in ragione della contumacia obbligatoria comminata dal giudice inglese al sig. Gambuzzi, nonché del diritto del difensore di non rivelare il nome dei propri clienti nell'ambito del procedimento inglese, della violazione del diritto ad essere sentito in seguito alla procedura di *contempt of court*, ed in relazione all'effetto che il diritto di ritenzione del difensore avrebbe avuto sull'esercizio del diritto di difesa del convenuto nel procedimento inglese.

#### 4.2. La diversa valutazione del Tribunale Federale d'appello, ma ancora il rifiuto dell'exequatur

La decisione del Tribunale federale del 9 novembre 2004, discostandosi dal provvedimento del Tribunale d'appello del Ticino, confermò unicamente la violazione dei diritti di difesa in relazione al diritto di ritenzione degli atti di causa avvenuto nel processo inglese. Precisamente, avendo rilevato la violazione dell'ordine pubblico processuale del foro nell'esercizio del diritto di ritenzione del fascicolo e conseguente limitazione del diritto di difesa del convenuto nel procedimento inglese, il Tribunale

<sup>19</sup> V. paragrafo 4 della sentenza della seconda camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino 25 febbraio 2004.

Federale d'Appello accolse l'opposizione all'exequatur, nuovamente respingendo il ricorso delle società canadesi.

Questo giudice, pur respingendo la maggior parte delle altre ragioni poste a fondamento dell'opposizione all'esecuzione, individuò nell'esercizio del diritto di ritenzione del precedente difensore una violazione grave del diritto di difesa del convenuto nel procedimento d'origine, tanto grave da impedire il riconoscimento e l'esecuzione in Svizzera del *judgement without trial after striking out*.

In relazione alle regole fondamentali di procedura derivabili dalla Costituzione, precisamente gli articoli 29 e 30 della Costituzione Svizzera, e dall'art. 6 della Convenzione europea, il Tribunale federale d'Appello affermò:

*"Ai fini del giudizio sulla violazione dell'ordine pubblico procedurale occorre stabilire se tali garanzie procedurali esistano nel sistema giuridico straniero e se esse siano state debitamente offerte alle parti. Il fatto che quest'ultime si siano effettivamente prevalse di tali diritti è per contro irrilevante (...). La questione di sapere se le garanzie procedurali siano state debitamente offerte va esaminata sulla scorta dell'ordinamento processuale dello stato in cui è stato emanato il giudizio e non in base alla concezione vigente nello Stato richiesto"<sup>20</sup>.*

*"Contrariamente a quanto addotto dalla Corte ticinese, la procedura in regime di contempt of court non configura un 'valore troppo eccentrico' rispetto allo standard medio condiviso dagli altri ordinamenti giuridici statali. Come rilevato anche dalle ricorrenti, la preclusione e la contumacia non sono istituti sconosciuti al nostro ordinamento giuridico. Il fatto che il diritto inglese commini al mancato ossequio di un'ingiunzione del tribunale delle conseguenze più incisive di quelle usualmente previste in Svizzera, non basta per definire la procedura inglese 'troppo eccentrica'<sup>21</sup>.*

Invece non ritenne fossero venute a mancare le garanzie del diritto di difesa in ragione della possibilità che l'eventuale comunicazione delle informazioni richieste dal giudice inglese avrebbe potuto esporre il Gambuzzi a sanzioni penali in Svizzera<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> V. paragrafo 3.3.2 della sentenza del Tribunale federale d'appello del 9 novembre 2004.

<sup>21</sup> V. paragrafo 3.3.4 della sentenza del Tribunale federale d'appello del 9 novembre 2004.

<sup>22</sup> Infatti l'art. 321 del Codice Penale Svizzero sanziona la violazione del segreto professionale da parte degli avvocati. Ricordiamo che per quanto riguarda il Baninger, semplice fiduciario che aveva investito nel fondo Castor a nome dei suoi clienti,

Anche il supposto obbligo del giudice inglese di ricercare le informazioni richieste al convenuto attraverso delle misure alternative alla dichiarazione di *contempt of court*, specificamente attraverso rogatoria internazionale, non trovò accoglimento nella decisione del Tribunale federale d'Appello.

*"La conduzione del processo, così come la decisione sui mezzi di prova da assumere, spettava al giudice (inglese) del merito; questa decisione non può essere rivista nel quadro del procedimento di riconoscimento ed esecuzione della sentenza in applicazione della Convenzione di Lugano, non potendosi affermare che l'assunzione di prove in via rogatoria costituisca parte integrante dell'ordine pubblico svizzero"*<sup>21, 22</sup>.

già la prima camera del Tribunale ticinese aveva escluso la contrarietà all'ordine pubblico, considerato che l'art. 273 del Codice penale Svizzero relativo alla protezione della sovranità territoriale svizzera ed alla lotta contro lo spionaggio economico si limita a richiedere la mera confidenzialità delle relazioni d'affari.

<sup>21</sup> V. paragrafo 3.3.6 della sentenza del Tribunale federale d'appello del 9 novembre 2004.

<sup>22</sup> Peraltro, se può essere vero che la Convenzione dell'Aja avrebbe potuto offrire al giudice inglese lo strumento per ottenere i documenti richiesti senza ricorrere al *debarment*, e quindi compromettere il diritto di difesa della parte, non è affatto certo che il giudice inglese potesse far ricorso alla rogatoria internazionale nel procedimento in questione. Infatti, al momento della ratifica, entrambe gli Stati hanno posto delle riserve alla Convenzione dell'Aja del 1970, il cui tenore sembra mettere in discussione la possibilità di far ricorso alla Convenzione. Precisamente il Regno Unito ha precisato «Conformemente all'articolo 23, il Governo di Sua Maestà dichiara che il Regno Unito non esegue rogatorie aventi per oggetto una procedura di "pre-trial discovery of documents". Il Governo di Sua Maestà dichiara in seguito che per "comunicazione rogatoria avente per oggetto una procedura di "pre-trial discovery of documents" intende qualsiasi rogatoria in virtù della quale una persona è tenuta a: a) indicare quali documenti relativi alla controversia si trovino o si siano trovati in suo possesso, in sua custodia o in suo potere di disporre; o b) presentare altri documenti diversi da quelli specificati nella domanda di assistenza giudiziaria e che, secondo il parere del tribunale adito, sono o si trovano probabilmente in suo possesso, in sua custodia o in suo potere di disporre» mentre specularmente la Svizzera ha precisato «6. Ad art. 23 - Conformemente all'articolo 23, la Svizzera dichiara che le rogatorie aventi per oggetto una procedura di "pre-trial discovery of documents" non sono eseguite se: a) la domanda non ha un legame diretto e necessario con la procedura di cui si tratta; o b) si esige da una persona che indichi quali documenti relativi alla controversia si trovino o si siano trovati in suo possesso, in sua custodia o in suo potere di disporre; o c) si esige da una persona che presenti anche altri documenti diversi da quelli designati nella domanda di assistenza giudiziaria e che si trovano verosimilmente in suo possesso, in sua custodia o in suo potere di disporre; o d) rischiano di essere compromessi interessi degni di protezione della persona coinvolta». Proprio il tenore delle riserve apposte da entrambe gli Stati alla Convenzione dell'Aja del 1970 induce a dubitare sull'applicabilità della rogatoria internazionale nel procedimento svolto davanti al giudice inglese. Per il testo delle riserve v. il sito del Governo Svizzero <http://www.admin.ch/opc/official-compilation/2001/1928.pdf>.

#### 4.3. Il rilievo della ritenzione del fascicolo e la conseguente limitazione del diritto di difesa del convenuto nel procedimento inglese

Il fatto che nel giudizio inglese fosse stata negata al Gambazzi la facoltà di esaminare la documentazione trattenuta dal suo precedente patrocinatore in garanzia del pagamento degli onorari venne considerato dal giudice svizzero una violazione del diritto al contraddittorio, come tutelato dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dall'art. 29, secondo capoverso, della Costituzione svizzera.

Infatti, dopo aver revocato il mandato al suo precedente difensore che deteneva tutta la documentazione di causa, il Gambazzi non poté prendere visione della stessa perché trattenuta dall'avvocato a garanzia del pagamento degli onorari, ed il giudice inglese, provvedendo su richiesta della parte, confermò il diritto di ritenzione del fascicolo. In questo modo, come venne anche affermato dal Tribunale ticinese nella sentenza del 24 febbraio 2004, il giudice inglese avrebbe violato il diritto ad una procedura in contraddittorio, che attribuisce a tutte le parti di un processo la facoltà di prendere conoscenza e di discutere ogni documento ed ogni argomentazione presentata al giudice.

Aver impedito al Gambazzi il contraddittorio sugli atti del processo inglese e ritenendo la pretesa d'onorario del difensore fondata su "meri motivi mercantili" non meritevoli di tutela nel bilanciamento con il diritto di difesa<sup>23</sup>, è l'argomento sul quale il Tribunale d'Appello del Ticino fonda il rigetto della richiesta di *exequatur*.

Per contrastare questo risultato, le società canadesi tentarono di far valere un vizio del contraddittorio nello stesso processo svizzero di opposizione all'*exequatur*. Infatti rilevarono che l'opponente avesse evocato il mancato accesso ai propri documenti quale violazione del diritto di difesa nel processo inglese per la

<sup>23</sup> V. paragrafo 4 della sentenza della seconda camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino 25 febbraio 2004, ed infra in questo capitolo par. 4.1, *L'ordine di esibizione dei documenti ed il rispetto del segreto professionale tutelato dall'ordine pubblico del foro nella decisione del Giudice ticinese*.



prima volta in sede di conclusioni avanti lo stesso tribunale d'Appello, in questo modo impedendo loro di contraddire tale nuova allegazione di controparte. In particolare, tenendo conto ed accogliendo questa nuova argomentazione, sollevata tardivamente, il Tribunale d'appello del Ticino avrebbe violato il diritto delle società canadesi di essere sentite ed avrebbe condotto un arbitrario accertamento dei fatti.

Alla luce di questa prospettazione esse contestarono la decisione del Tribunale federale proponendo una domanda di revisione fondata sull'errato apprezzamento dei fatti risultanti dagli atti da parte del giudice svizzero, al fine di dimostrare che nel procedimento inglese il Gambazzi aveva potuto prendere visione di tutti i documenti del proprio fascicolo. Come riportato nella decisione sulla domanda di revisione,

*"Nel documento sottoposto ora all'esame del Tribunale federale le istanti propongono vari fatti e prove suscettibili di dimostrare - secondo loro - che su questo punto la sentenza del 9 novembre 2004 è errata, che l'opponente aveva potuto prendere visione di tutti gli atti della procedura inglese, che un'eventuale impossibilità di farlo sarebbe comunque da ricondurre a responsabilità sua (non avendo egli pagato il patrocinatore inglese né depositato il capitale corrispondente) nonché, infine, ch'egli avrebbe rinunciato volontariamente a difendersi nel merito per motivi tattici. Invano. Contrariamente a quanto ritenuto dalle istanti, il passo della sentenza al quale esse alludono non esprime accertamenti del Tribunale federale, bensì riassume semplicemente la motivazione dell'autorità cantonale. In realtà il Tribunale federale, nella sentenza del 9 novembre 2004, non ha affatto esaminato se l'opponente avesse potuto accedere agli atti del processo inglese oppure no. Il Tribunale federale non ha infatti potuto pronunciarsi su argomenti di merito concernenti tale questione perché le istanti - allora ricorrenti - li avevano proposti per la prima volta con il ricorso di diritto pubblico, cioè perché le relative censure sono state dichiarate irricevibili"*<sup>26</sup>.

Il Tribunale federale non ritenendo che alla questione prospettata potessero essere applicate le disposizioni di diritto processuale svizzero relative alla revisione del processo civile, respinse il ricorso.

In conclusione, le decisioni inglesi rese nei confronti di Gam-

<sup>26</sup> V. paragrafo 3.2 della decisione della Prima Corte civile del Tribunale federale del 15 novembre 2005.

bazzi non vennero riconosciute, e quindi non poterono essere eseguite nell'ordinamento svizzero.

### 5. Il diniego di *exequatur* nel Principato di Monaco

Il 7 dicembre 2004 le società canadesi chiesero il riconoscimento della decisione 10 dicembre 1998 e dell'ordinanza 17 marzo 1999 della *High Court* di Londra (sez. I, cap. 3) avanti al giudice monegasco. Il principato di Monaco non era, né è, membro dell'Unione europea, quindi non poteva essere parte della Convenzione di Bruxelles, e neppure era, ed è, parte della Convenzione di Lugano del 1988. Per questa ragione la domanda di *exequatur* si fondò esclusivamente sulle regole stabilite dall'ordinamento monegasco per il riconoscimento delle sentenze straniere<sup>27</sup>.

Alla domanda giudiziale seguì una lunga istruttoria in cui le parti si confrontarono sull'applicazione al caso di specie della Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 che sopprime la legalizzazione degli atti pubblici esteri<sup>28</sup>, sul titolo di giurisdizione del giudice inglese, sulla partecipazione al giudizio inglese dei convenuti, del ricorso allo "*Statement of Claim*" quale motivazione per equivalente della decisione straniera e della sua autorità di cosa giudicata, sulla necessità del riesame di merito della decisione inglese, sulla violazione dei diritti di difesa e su altre irregolarità procedurali rilevate.

Il procuratore generale in ragione del principio di reciprocità tra l'ordinamento inglese e l'ordinamento monegasco concluse in favore della concessione dell'*exequatur*.

Diversamente, il Tribunale non ritenne che gli attori avessero provato potesse farsi applicazione del principio di reciprocità, quindi ritenne di dover esaminare nel merito la decisione inglese.

<sup>27</sup> Precisamente, artt. 198-201 c.p.c. monegasco. Ricordiamo inoltre che solo nel 2005 il Principato di Monaco è divenuto parte contraente della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

<sup>28</sup> La Convenzione dell'Aja del 1961 si applica agli atti pubblici che sono stati redatti sul territorio di uno Stato contraente e che devono essere prodotti sul territorio di un altro Stato contraente. Sia la Gran Bretagna sia Monaco sono parti contraenti.

Osservò quindi come non fosse indicato quale giudice, o collegio, avesse esercitato la giurisdizione e che il solo nome indicato fosse quello del difensore dell'attore, come la decisione si fondasse su documenti che non risultavano allegati alla decisione, come non fossero state correttamente allegati le traduzioni previste dalle norme monegasche, ma soprattutto ritenne contrario all'ordine pubblico del foro il riconoscimento di un giudicato straniero privo di motivazione<sup>29</sup>:

*"La motivation consiste en une déclaration d'un manquement par le défendeur à 'ses obligations spécifiées dans ladite ordonnance' et à sa condamnation 'à payer aux requérantes des dommages qui seront évalués conjointement aux frais de la présente action, frais dont le montant devra être déterminé selon le barème d'indemnisation'.*

*Le jugement ne contient pas d'exposé de la demande, ni la moindre motivation pour chaque chef de demande.*

*Il ne caractérise pas les éléments de fait et de droit ayant permis au tribunal de retenir la responsabilité de M. Gambazzi et pose au surplus, le principe d'une condamnation à évaluer ultérieurement par référence à un barème sur lequel il n'est apporté aucune précision.*

*Le juge, même en cas de défaut d'une partie, ne peut adjuger à un requérant le bénéfice de ses conclusions que si elles se trouvent justes et bien vérifiées".*

All'esito del procedimento, applicando le norme del foro sul riconoscimento delle sentenze straniere, il giudice monegasco non consentì l'ingresso delle decisioni inglesi nel suo ordinamento.

<sup>29</sup> Ricordiamo che la richiesta di esequatur era stata accolta dal giudice francese alla luce della teoria della motivazione per equivalente, v. supra in questo capitolo, par. 2 ed in particolare nota n. 6.

## CAPITOLO II IL RICONOSCIMENTO DELLA PRONUNCIA INGLESE CONTRO GAMBAZZI A NEW YORK

di Elena Benigni

SOMMARIO: 1. Le difese di Gambazzi contro la richiesta di riconoscimento presentata da Daimler Chrysler Canada Inc. e CIBC Mellon Trust Company a New York. - 2. La compatibilità del judgment inglese con lo Uniform Enforcement of Foreign Money - Judgments Act of 1962.

### 1. Le difese di Gambazzi contro la richiesta di riconoscimento presentata da Daimler Chrysler Canada Inc. e CIBC Mellon Trust Company a New York

Daimler Chrysler Canada Inc. e CIBC Mellon Trust Company, chiesero, nel 2005, il riconoscimento del judgment by default after striking out ottenuto nei confronti di Marco Gambazzi ai sensi del CPLR § 5303<sup>1</sup> innanzi alla Supreme Court of the State of New York<sup>2</sup>.

La domanda introduttiva del giudizio fu ritualmente notificata al Gambazzi il 12 gennaio 2005 ai sensi dell'art. 6 della Convenzione dell'Aja<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> § 5303. Recognition and enforcement. Except as provided in section 5304, a foreign country judgment meeting the requirements of section 5302 is conclusive between the parties to the extent that it grants or denies recovery of a sum of money. Such a foreign judgment is enforceable by an action on the judgment, a motion for summary judgment in lieu of complaint, or in a pending action by counterclaim, cross-claim or affirmative defense. La norma recepisce le disposizioni in materia di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni aventi ad oggetto una somma di denaro contenute nello Uniform Foreign Money - Judgments Recognition Act su cui immediatamente infra nel testo e in nota. Per un confronto tra le regole che governano il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere negli Stati Uniti ed Europa in una prospettiva di codificazione internazionale v. DANFORTH, *The Enforcement of Foreign Money Judgments in the United States and Europe: How can we Achieve a Comprehensive Treaty?*, 23 Rev. Litig. 381 2004.

<sup>2</sup> Per una introduzione all'ordinamento giudiziario dello Stato di New York v. LIPMAN, PRUDENTI, *The New York State Courts: An Introductory Guide*, New York 2014, passim, reperibile al sito <http://www.nycourts.gov/admin/NYCourts-IntroGuide.pdf>.

<sup>3</sup> Si tratta della Convenzione relativa alla notificazione e alla comunicazione al-

Dal momento della notifica Gambazzi aveva trenta giorni "to appear by serving an answer or a notice of appearance, or by making a motion which has the effect of extending the time to answer" giusta la CPLR § 320.

Egli tuttavia si costituì tardivamente come rilevato dal giudice Ira J. Gammerman<sup>4</sup>: "Defendant did answer, but did so outside of the time period fixed by statute without reasonable excuse or good cause for such delay".

A tale conclusione il giudice newyorkese pervenne dopo aver verificato, in prima battuta, che il convenuto avesse avuto adeguata conoscenza del procedimento pendente: così accertò che il 12 gennaio 2005 era avvenuta la notifica del *Summons and Complaint* in Lugano:

"There is no question that service was made in conformance with the Hague Service Convention. Gambazzi's January 12, 2005 signature on the acknowledgment of receipt confirms his actual receipt of the summons and complaint at (...)".

Valida la notifica "the onus shifted to Gambazzi, on January 12, 2005 to serve a timely answer".

Nei trenta giorni successivi tuttavia Gambazzi "did not serve an answer, assert a motion in response to the complaint or in any

l'estero degli atti giudiziari e extragiudiziari in materia civile o commerciale conclusa all'Aja il 15 novembre 1965, approvata dall'Assemblea federale svizzera il 9 giugno 1994 ed entrata in vigore per la Svizzera il 1° gennaio 1995 e quindi applicabile nei confronti di Gambazzi. La Convenzione dell'Aja del 15 novembre 1965 - relativa alla notifica all'estero degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile e commerciale - ha sostituito (art. 22), nei rapporti fra gli Stati che l'hanno ratificata, gli articoli da 1 a 7 della Convenzione dell'Aja del 1° marzo 1954 relativa alla procedura civile. Per la ratifica in Italia v. legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione 6 febbraio 1981, n. 42. In ambito europeo la disciplina delle notificazioni all'estero è ora integrata dal Regolamento (CE) 1393/2007, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile o commerciale, che prevale sulle norme contenute negli accordi o intese bilaterali o multilaterali aventi lo stesso ambito di applicazione conclusi dagli Stati membri e, in particolare, sul protocollo allegato alla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 e sulla Convenzione dell'Aja del 15 novembre 1965, nelle relazioni fra gli Stati membri che ne sono parti. Detto Regolamento non osta a che gli Stati membri mantengano o concludano accordi o intese volti ad accelerare o a semplificare la trasmissione degli atti, sempre che siano compatibili con le disposizioni in esso contenute.

<sup>4</sup> Nella decisione resa dalla *Supreme Court of the State of New York - County of New York* in data 27 febbraio 2006 e depositata il successivo 28 febbraio.

other way appear in a timely manner in this action" aprendo così la via alla *motion for a default judgment* proposta dalle società canadesi e volta ad ottenere il riconoscimento delle decisioni inglesi *by default* ai sensi CPLR § 3215<sup>5</sup>.

Costituendosi tardivamente, dopo aver contestato l'invalidità della notifica, chiese di essere rimesso in termini "to serve an answer and for an order compelling plaintiffs to accept the late pleading" ai sensi delle disposizioni di cui al CPLR § 2004<sup>6</sup>, 2005<sup>7</sup> e 3012 (d)<sup>8</sup> senza tuttavia allegare nessuna buona ragione che potesse giustificare il suo ritardo. Ai sensi delle disposizioni invocate dal Gambazzi, la Corte può procedere ad una rimessione in termini se la parte allega "a reasonable excuse, or good cause, for a delay or default", ma - come rilevato dal giudice - "Gambazzi offers neither. Instead, he asks the court to infer, from an unspecified irregularity in the address used in effecting service, that he was somehow hindered or prevented from timely appearing in this matter".

<sup>5</sup> CPLR § 3215. *Default judgment. (a) Default and entry. When a defendant has failed to appear, plead or proceed to trial of an action reached and called for trial, or when the court orders a dismissal for any other neglect to proceed, the plaintiff may seek a default judgment against him. If the plaintiff's claim is for a sum certain or for a sum which can by computation be made certain, application may be made to the clerk within one year after the default. The clerk upon submission of the requisite proof, shall enter judgment for the amount demanded in the complaint or stated in the notice served pursuant to subdivision (b) of rule 305, plus costs and interest. Upon entering a judgment against less than all defendants, the clerk shall also enter an order severing the action as to them. When a plaintiff has failed to proceed to trial of an action reached and called for trial, or when the court orders a dismissal for any other neglect to proceed, the defendant may make application to the clerk within one year after the default and the clerk, upon submission of the requisite proof, shall enter judgment for costs. Where the case is not one in which the clerk can enter judgment, the plaintiff shall apply to the court for judgment (...).*

<sup>6</sup> CPLR § 2004. *Extensions of time generally. Except where otherwise expressly prescribed by law, the court may extend the time fixed by any statute, rule or order for doing any act, upon such terms as may be just and upon good cause shown, whether the application for extension is made before or after the expiration of the time fixed.*

<sup>7</sup> CPLR § 2005. *Excusable delay or default. Upon an application satisfying the requirements of subdivision (d) of section 3012 or subdivision (a) of rule 3015, the court shall not, as a matter of law, be precluded from exercising its discretion in the interests of justice to excuse delay or default resulting from law office failure.*

<sup>8</sup> CPLR § 3012 (d). *Extension of time to appear or plead. Upon the application of a party, the court may extend the time to appear or plead, or compel the acceptance of a pleading untimely served, upon such terms as may be just and upon a showing of reasonable excuse for delay or default.*

A compensare l'assoluto difetto dell'allegazione di un valido motivo idoneo ad impedire una costituzione tempestiva non valse – secondo il giudice *Gammerman* – la valutazione, compiuta dal Gambazzi, secondo cui quattro mesi<sup>9</sup> non sono molti se confrontati con la circostanza che i suoi creditori avevano atteso ben sei anni prima di chiedere il riconoscimento e l'esecuzione della decisione negli Stati Uniti:

*"However, his attempt to shift the burden to plaintiffs to demonstrate how they would be prejudiced by his 'de minimis' delay in appearing, does not establish, or substitute for, the requisite 'reasonable excuse' for the delay"*.

Il Gambazzi, poi, nell'atto depositato tardivamente eccepì il difetto di giurisdizione del giudice newyorkese per non avere egli alcun legame con lo Stato di *New York*. Il giudice replicò che le contestazioni svolte erano giuridicamente scorrette: in primo luogo rilevò che, al fine di consentire il riconoscimento di una decisione straniera, non è necessario che colui contro il quale la richiesta è avanzata sia soggetto alla giurisdizione dello stato di *New York* come più di recente ribadito nella decisione *Abu Dhabi Commercial Bank PJSC v/ Saad Trading, Contracting and Financial Services Company*<sup>10</sup>. Dissentì poi dalle argomentazioni svolte dichiarando che non vi fossero dubbi che Gambazzi fosse proprietario di beni immobili all'interno dello Stato:

*"With respect to defendant's argument that those ties to New York are insufficient to subject him to jurisdiction of this court, plaintiffs counter that his ties are not only sufficient, but not even necessary for New York's recognition and enforcement of the foreign judgment (...) Al-*

<sup>9</sup> Gambazzi si costituì nel mese di giugno e quindi decorse quattro mesi dalla scadenza del termine per la sua costituzione.

<sup>10</sup> In *Abu Dhabi Commercial Bank PJSC v/ Saad Trading, Contracting and Financial Services Company*, Supreme Court, Appellate division, 27 maggio 2014 (2014 NY Slip Op 03767) si osserva: "a party seeking recognition in New York of a foreign money judgment (whether of a sister state or a foreign country) need not establish a basis for the exercise of personal jurisdiction over the judgment debtor by the New York courts," because "[n]o such requirement can be found in the CPLR, and none inheres in the Due Process Clause of the United States Constitution, from which jurisdictional basis requirements derive" (...) "There is no unfairness to the defendant if the plaintiff obtains an order in New York recognizing the foreign judgment, which can then be enforced if the defendant is found to have, or later brings, property into the State".

*though Gambazzi qualifies his admission that he held bearer shares in, and was an officer and director of, Mora Hotel and Chascona, by explaining that he held bearer shares in name only (as a nominee), the documents submitted with this motion reveal that he was a 100% owner of Mora Hotel, a 25% owner of Chascona, that he listed himself, with a New York business address, as the Mora Hotel CEO and Board Chairman on documents submitted to New York State Department of State".*

## 2. La compatibilità del *judgment* inglese con lo *Uniform Enforcement of Foreign Money - Judgments Act of 1962*

Accertata la validità della notifica dell'atto di avvio del procedimento nonché la sussistenza della giurisdizione del giudice newyorkese per essere il Gambazzi titolare di beni immobili siti nello Stato di *New York*, il giudice *Gammerman* procedette quindi all'esame dell'eventuale sussistenza dei requisiti che, ai sensi dello *Uniform Enforcement of Foreign Money - Judgments Act of 1962*<sup>11</sup>, impediscono il riconoscimento. Ai sensi del CPLR § 5304<sup>12</sup> i requisiti ostativi al riconoscimento sono distinti in *mandatory* o *discretionary*: soltanto il difetto dei primi inibisce il riconoscimento, mentre l'eventuale carenza dei secondi può escluderlo

<sup>11</sup> Lo *Uniform Foreign Money - Judgments Recognition Act* è stato promulgato nel 1962 dalla *Uniform Law Commission* al fine di codificare regole comuni – già elaborate dalla giurisprudenza – agli Stati che l'hanno sottoscritto in materia di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni straniere. Il testo è stato oggetto di revisione nel 2005 che ne ha mantenuto l'impianto pur introducendo interessanti novità in particolare in materia di onere della prova. Gli Stati che non hanno aderito al documento in esame applicano i principi elaborati dalla giurisprudenza e contenuti nel *Restatement (Third) of Foreign Relations of the United States*. Sul punto v. ZERNALOVA, *The Law on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: Is it Broken and How Do We Fix It?*, in 31 *Berkeley J. Int'l L.* 150 2013; PARR, *Foreign Judgments in American and English Courts: A comparative Analysis*, 26 *Seattle U. L. Rev.* 592 2002-2003. Per un esame delle ragioni che hanno portato all'emanazione dello *Uniform Foreign Money - Judgments Recognition Act* v. KULZER, *Recognition of foreign country judgments in New York: the Uniform Foreign Money-judgment*, 18 *Buff. L. Rev.* 1 1968-1969. Per una descrizione dei principi sottesi al riconoscimento delle decisioni straniere prima dello *Uniform Enforcement of Foreign Money-Judgments Act of 1962* v. anche REESE, *The status in this Country of judgments rendered abroad*, in 50 *Colum. L. Rev.* 783 1950.

<sup>12</sup> In cui è stato traduso il contenuto della *section 4*) dello *Uniform Foreign Money - Judgments Recognition Act* del 1962.

sulla base di una valutazione discrezionale rimessa all'organo decidente.

La lettera (a) della disposizione richiamata individua i primi:

(a) *No recognition.*

*A foreign country judgment is not conclusive if:*

1. *the judgment was rendered under a system which does not provide impartial tribunals or procedures compatible with the requirements of due process of law*<sup>13</sup>;

<sup>13</sup> Il provvedimento straniero deve superare il c.d. *systemic inadequacy test* per un esame critico del requisito v. KELLY, *An unwise and unmanageable anachronism: why the time has come to eliminate systemic inadequacy as a basis for non-recognition of foreign judgments*, 42 Geo. J. Int'l L. 555 2010-2011. Come illustra il commento ufficiale alla legge uniforme, tale clausola ostativa risale al landmark costituito da *Supreme Court, Hillon v. Guyot*, 3 giugno 1895, 159 U.S. 113, 205: «it is the paramount duty of the court before which any suit is brought to see to it that the parties have had a fair and impartial trial, before a final decision is rendered against either party»; una volta verificati questi requisiti, «where there has been opportunity for a full and fair trial abroad before a court of competent jurisdiction, conducting the trial upon regular proceedings, after due citation or voluntary appearance of the defendant, and under a system of jurisprudence likely to secure an impartial administration of justice between the citizens of its own country and those of other countries, and there is nothing to show either prejudice in the court, or in the system of laws under which it was sitting, or fraud in procuring the judgment, or any other special reason why the comity of this nation should not allow it full effect, the merits of the cause should not, in an action brought in this country upon the judgment, be tried afresh» (202 s.). Altri importanti casi successivi hanno portato all'enucleazione dei principi poi recepiti nella normativa: in *Dunston v. Higgins* - 138 N.Y. 70, 33 N.E. 729 (1893) si legge «It is the settled law of this state that a foreign judgment is conclusive upon the merits. It can be impeached only by proof that the court in which it was rendered had not jurisdiction of the subject-matter of the action or of the person of the defendant, or that it was procured by means of fraud. The judgments of the courts of a sister state are entitled to full faith and credit in the courts of the other states under the Constitution of the United States, but effect is given to the judgments of the courts of foreign countries by the comity of nations which is part of our municipal law. Legal errors committed upon the trial or during the progress of the cause may be corrected by appeal or motion to the proper court, but they furnish no defense to an action upon the judgment itself». La decisione richiamata è, poi, ripresa in *Johanson v. Compagnie Generale Transatlantique* 138 N.Y. 74-75, 33 N.E. at 730; nota il giudice Pound, nella motivazione, in 242 N.Y. at 587, 152 N.E. at 123, che «A right acquired under a foreign judgment may be established in this State without reference to the rules of evidence laid down by the courts of the United States. Comity is not a rule of law, but it is a rule of practice, convenience and expediency. It is something more than mere courtesy ... since it has a substantial value in securing uniformity of decision, and discouraging repeated litigation of the same question. It, therefore, rests, not on the basis of reciprocity, but rather upon the persuasiveness of the foreign judgment». V. anche *Covans v. Ticonderoga Pulp & Paper Co.* 219 App. Div. 120, 219 N.Y.S. 284 (3d Dep't 1927), 246 N.Y. 603, 159 N.E. 669 (1927).

2. *the foreign court did not have personal jurisdiction over the defendant.*

La lettera (b) elenca i secondi:

(b) *Other grounds for non-recognition.*

*A foreign country judgment need not be recognized if:*

1. *the foreign court did not have jurisdiction over the subject matter;*
2. *the defendant in the proceedings in the foreign court did not receive notice of the proceedings in sufficient time to enable him to defend;*
3. *the judgment was obtained by fraud;*
4. *the cause of action on which the judgment is based is repugnant to the public policy of this state;*
5. *the judgment conflicts with another final and conclusive judgment;*
6. *the proceeding in the foreign court was contrary to an agreement between the parties under which the dispute in question was to be settled otherwise than by proceedings in that court; or*
7. *in the case of jurisdiction based only on personal service, the foreign court was a seriously inconvenient forum for the trial of the action.*

Gambazzi contestò la riconoscibilità del provvedimento inglese da un canto eccependo il difetto di giurisdizione del giudice inglese a decidere la controversia e, dall'altro, lamentando che la decisione oggetto di riconoscimento fosse stata resa in un procedimento in cui era stato privato del diritto ad avere un *due process* ai sensi del CPLR § 5304 (a) sopra riportato:

*"To this end, defendant argues that (1) the English legal system's use of an 'anchor' defendant together with its use of the rule of 'necessary or proper party' in order to acquire personal jurisdiction over a defendant who would otherwise not be subject to England's jurisdiction, and (2) England's refusal to allow a defendant to contest the merits of an action without acceding to the English court's personal jurisdiction, are procedures which are incompatible with American notions of due process".*

La *Supreme Court* chiarì, in primo luogo, che la circostanza che la decisione fosse stata resa mediante *judgment by default* non aveva alcuna rilevanza sulla riconoscibilità del provvedimento:

*"the foreign judgment which is conclusive between the parties even where, as in the case here, the foreign judgment is based on a default, unless the judgment falls into one of the grounds, set forth in Article 53 of the CPLR, for non-recognition"*<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> V. anche decisione *Galliano*, 15 NY3d at 80.

Quanto poi alle specifiche contestazioni del Gambazzi la risposta del giudice *Gammerman* fu sintetica, ma eloquente:

*"These some arguments were made, and rejected, in CIBC Mellon Trust Co. v. Mora Hotel Corp. (...) As stated previously by this court, defendant had an opportunity to fully litigate the issue of personal jurisdiction in the English courts. Having had such opportunity, this court finds no basis for rejecting the English court's determination of jurisdiction (see CPLR 5304 [a][2], 5305 [b]). Gambazzi's decision not to be heard in the proceedings (his default in the main action) prior to the entry of the judgment, does not constitute a denial of due process. The grounds for non recognition of a foreign judgment have not been met, and no reasonable excuse has been offered in response to the motion for default"*.

Nella decisione contro *Mora e Chascona* ivi menzionata<sup>15</sup> – il cui esame, seppur breve, si rivela opportuno – il giudice newyorkese iniziò la sua analisi rammentando che:

*"There are few cases in which recognition of a foreign money judgment is denied for lack of due process under the CPLR 5304(a)(1)"*.

Quest'ultima disposizione richiede la dimostrazione che il sistema processuale straniero, considerato nel suo insieme, non soddisfi i requisiti del *due process*:

*"since the subsection refers to 'a system which does not provide impartial tribunals or procedures compatible with the requirements of due process of law' (CPLR 5304[a][1]), it cannot be relied upon to challenge the legal processes employed in a particular litigation on due process grounds"*.

Ciò premesso, concluse che

*"The English system of law cannot reasonably be compared with the type of system that fails to provide due process"*.

A variare tale conclusione non vale evidenziare che, nel caso di specie, il *default judgment* fosse stato reso a seguito del mancato adempimento di una *Mareva injunction* che è stata dagli stessi giudici statunitensi – come già visto<sup>16</sup> – definita *"the nuclear wea-*

<sup>15</sup> Due sono le decisioni prese in esame e pronunciate contro *Mora e Chascona*: in primo grado la decisione pronunciata dalla Supreme Court, Appellate Division, First Department, New York, del 28 maggio 2002 e la decisione della Court of appeal of the State of New York dell'8 maggio 2003 (*CIBC Mellon Trust Co. v. Mora Hotel Corp.* N.Y., 2003, 100 N.Y.2d 215, 762 N.Y.S.2d 5, 792 N.E.2d 155).

<sup>16</sup> V. sopra sezione prima, cap. II, par. 1.

*pon of the law"*<sup>17</sup>. Ciò premesso, si osservò che *Mora e Chascona* – così come Gambazzi – avevano deliberatamente scelto di non adempiere all'ordine cautelare incorrendo nel provvedimento di condanna secondo una procedura applicabile anche nello stato di New York:

*"imposition of a money judgment following the taking of a default against a defendant based upon the defendant's failure to comply with discovery is an accepted procedure in this state, even where the defendant interposed (and lost) a jurisdictional challenge (see, Reynolds Sec., Inc. v. Underwriters Bank & Trust Co., 44 N.Y.2d 568, 571-72, 406 N.Y.S.2d 743, 378 N.E.2d 106). A defendant in a New York action who failed to comply with interim court orders may properly be subject to a judgment in the full amount sought in the complaint"*.

Precisò, inoltre, che

*"The issuance of orders punishing a party for failure to comply with injunctive relief or disclosure orders, even before defendant's time to serve its answer has run, or before it has been determined whether they are amenable to personal jurisdiction (see, Peterson v. Spartan Indus., Inc., 33 N.Y.2d 463, 465, 354 N.Y.S.2d 905, 310 N.E.2d 513), is a procedure sometimes employed in the courts of this state as well (see, CPLR 6301, 6311[1], 3106[a]; Halitzer v. Ginsberg, 80 A.D.2d 771, 772, 436 N.Y.S.2d 738)"*<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Nel caso *Grupo Mexicano de Desarrollo v. Alliance Bond Fund*, 527 U.S. 308, 329, 119 S.Ct. 1961, 144 L.Ed.2d 319 in cui si negava il riconoscimento dell'esecutività della misura cautelare tuttavia per ragioni diverse dalla violazione dei principi del giusto processo.

<sup>18</sup> L'istituto è analogo a quello inglese già visto sopra, ma la pronuncia presuppone la prova del diritto fatto valere – *"proof of the facts constituting the claim"* – ai sensi della lettera (f) della disposizione richiamata e quindi un esame della fondatezza del merito della domanda: sul tema v. *IACONELLI*, *"CPLR 3215: A Defendant in Default Is Entitled to an Assessment of Damages on the Question of Reasonable Cover"* (1978) *St. John's Law Review*, Vol. 53, Iss. 1, Article 9. Per un esame dello scenario che si apre laddove, in difetto di prova, sia comunque reso un *default judgment* v. *Hozarr*, *A nullity or not? – the status of a default judgment entered absent compliance with cplr 3215(f)*, *Albany Law Review* [Vol. 73.3, 2010, 807. V. anche *Manhattan Telecommunications Corporation v. H&A Locksmith, Inc.* 21 NY2d 200 (2013), in cui la Court of Appeal individua quale sia il corretto mezzo di gravame: *"the Appellate Division was correct in holding that [the] plaintiff's complaint, though verified, failed to supply 'proof of the facts constituting the claim' (...); as CPLR § 3215(f) requires (...) [while] the default judgment was defective ... not every defect in a default judgment requires or permits a Court to set it aside (...) the defect in the default judgment before us is not jurisdictional (...) A failure to submit the proof required by CPLR § 3215(f) should lead a Court to deny an application for a default judgment.*

Il giudice concluse, quindi, nel senso dell'assenza di violazione del *due process* per essere il procedimento, che ha portato alla pronuncia della decisione contestata, frutto di una scelta della parte estromessa dal giudizio:

*"Their decision not to participate in litigating the merits of the proceeding, in an effort to protect their rights to interpose a collateral challenge to enforcement of a final judgment, cannot form the basis of a claimed denial of due process (see, Ocean Warehousing B.V. v. Baron Metals & Alloys, Inc., 157 F Supp 2d 245, 251-252). We perceive no valid due process complaint here based upon the procedures followed"*.

Le ragioni sopra riportate ed affermate nelle decisioni contro *Mora* e *Chascona* hanno fondato la decisione del giudice *Gammerman* di riconoscimento ed esecutività della decisione inglese pronunciata contro *Gambazzi*.

Successivamente – il 27 febbraio 2006 – lo stesso giudice pronunciò un *order settling judgment* in cui, dopo aver ribadito che la tardività della costituzione in giudizio aveva impedito al convenuto *Gambazzi* di fornire adeguato supporto probatorio *"to create a genuine issue of material fact in support of any CPLR § 5304 defenses to recognition of the English Judgment"* e rilevato che la sussistenza di tutti i requisiti di legge aveva portato alla pronuncia del *default judgment* di riconoscimento della decisione inglese, concluse che:

*"This Courts finds that the English judgment meets the standard for recognition set forth in Article 53 of the New York Civil Practice Law and Rules and under the common law of the State of New York in that the English Judgment grants Plaintiffs recovery of sums of money (other than for taxes, a fine or other penalty, or for support in a matrimonial or family matter) and is final and conclusive between the parties and fully enforceable in England (see CPLR §§ 5301, 5302, 5303); the English Courts provide impartial tribunals with procedures compatible with American requirements of due process of law (see CPLR §§ 5304 (a)(2)); the Defendant had ample notice of and opportunity to be heard in all proceedings before the English courts relating to entry of the English Judgment (see CPLR §§ 5304 (b)(2).*

*but a Court that does not comply with this rule has merely committed an error – it has not usurped a power it does not have. The error can be corrected by the means provided by law – i.e., by an application for the relief from the judgment pursuant to CPLR § 5015"*.

*(...) Ordered therefore that (...) the motion for entry of default judgment is granted and this Court recognizes and docketts the English Judgment as a final, conclusive and fully enforceable money judgment in this Court in favor of Plaintiffs (...) and against Defendant Marco Gambazzi, in the principal amount of (U.S.) \$ 511,490,211.96 together with further interest in the amount of (U.S.) \$ 72,475.45 per day from January 18, 2006 to the date of this Order"*.

**SEZIONE TERZA**  
**LA PROSECUZIONE E L'EPILOGO**  
**DEL GIUDIZIO ITALIANO**



**CAPITOLO I**  
**L'OPPOSIZIONE DI GAMBAZZI CONTRO IL DECRETO**  
**DI ESECUTIVITÀ IN ITALIA DELLE DECISIONI**  
**RESE DALLA HIGH COURT OF JUSTICE**

di Elena Benigni

**SOMMARIO:** 1. L'opposizione di Gambazzi innanzi alla Corte di appello di Milano. – 2. Le difese di *DaimlerChrysler Inc.* e *CIBC Mellon Trust Company*. – 3. La violazione dell'ordine pubblico quale condizione ostativa al riconoscimento di una decisione resa nello spazio giudiziario europeo.

**1. L'opposizione di Gambazzi innanzi alla Corte di appello di Milano**

Con decreto n. 646/2004 depositato il 17 dicembre 2004, notificato il 3 febbraio 2005, la Corte d'appello di Milano ha dichiarato esecutive, nell'ordinamento italiano, la sentenza di condanna (*judgment*) al risarcimento del danno del 10 dicembre 1998 e la sentenza (*order assessing damages*) di liquidazione del danno del 17 marzo 1999 pronunciate dalla *High Court of justice of England and Wales, Chancery division* contro Gambazzi.

Quest'ultimo ha fatto opposizione contestando

*"sia la base giuridica sulla quale è stato richiesto ed emesso, cioè il regolamento CE n. 44/2001 anziché la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1967 con la conseguenza della nullità del decreto; sia la conformità con l'ordine pubblico delle sentenze inglesi, in relazione a quanto dispone l'art. 27, n. 1 della Convenzione di Bruxelles con la conseguenza che il decreto deve essere revocato in quanto non riconoscibile (per contratto appunto, delle sentenze con l'ordine pubblico) e non è quindi produttivo di effetti né eseguibile nel nostro ordinamento"*<sup>1</sup>.

Sotto il primo profilo di nullità, la difesa del Gambazzi rilevò che:

*"pur essendo la ratio e i motivi ispiratori comuni, e pur nella continuità di disciplina (...) Convenzione di Bruxelles e regolamento presenta-*

<sup>1</sup> In questi termini la premessa dell'atto di citazione in opposizione al decreto di esecutività dei provvedimenti inglesi proposto dal Gambazzi.

no varie differenze (...) fra le altre a) la novità contenuta nel regolamento, di esecutività ('*pressoché*') automatica della decisione (art. 34); b) la semplificazione degli adempimenti formali (art. 53) e c) lo snellimento della procedura (art. 34) che assume carattere monitorio, la dichiarazione di esecutività divenendo un *exequatur* inaudita altera parte e consentendo l'adozione di provvedimenti cautelari sui beni del debitore, non solo conservativi (art. 47, n. 2) (...). Del tutto diversa è inoltre la disciplina del rinvio pregiudiziale quando si pongono problemi d'interpretazione delle norme (...) il regolamento n. 44/2001 (...) è dunque limitativo circa la possibilità di rinvio pregiudiziale, rispetto alla Convenzione di Bruxelles: le parti debbono infatti attendere, ai fini della soluzione del quesito pregiudiziale, che la causa, dopo la sentenza della Corte d'appello, prosegua in Cassazione e in tale contesto chiedere il rinvio ai sensi dell'art. 68<sup>1</sup>.

Sotto il secondo più interessante aspetto, relativo alla violazione dell'ordine pubblico, la difesa del Gambazzi ripropose le stesse ragioni che fondarono la pronuncia di diniego all'esecuzione delle decisioni inglesi in territorio svizzero<sup>2</sup> allegando, in primo luogo, che il giudice inglese avrebbe dovuto verificare la possibilità di conseguire il risultato perseguito con le misure cautelari mediante l'utilizzo di altri strumenti processuali:

*"Il giudice inglese, come sottolinea il Tribunale di appello, avrebbe potuto, d'altra parte, ricorrere a mezzi diversi per ottenere quanto chiedeva con gli ordini cautelari, in particolare mediante rogatoria internazionale avente ad oggetto l'esibizione in giudizio di determinati documenti (così come previsto dalla Convenzione dell'Aja del 18 marzo 1970 sull'assunzione delle prove all'estero in materia civile e commerciale). Gli ordini cautelari in questione erano, per la legge inglese, legittimi, ma illegittimi sono state, e sono, le conseguenze: una sorta di 'contumacia forzata' la parte essendo stata privata dal giudice inglese di poter esercitare il proprio, fondamentale diritto di difesa. Le conseguenze dell'inottemperanza (...) sono del tutto sproporzionate, a maggior ragione in presenza di un'alternativa di cui il giudice inglese disponeva per conseguire lo scopo prefissato. Le sentenze inglesi d'altra parte, nella loro stringatezza e cripticità, non forniscono spiegazioni, come pure nulla dicono sulle ragioni giustificatrici opposte dall'avvocato Gambazzi"*.

<sup>1</sup> Il riferimento è sia al provvedimento del 25 febbraio 2004 pronunciato dal Tribunale d'appello del Canton Ticino - per il cui esame si rinvia a quanto detto *supra*, sezione seconda, cap. I, par. 4.1. - sia alla decisione resa sull'impugnazione di detta decisione dal Tribunale federale d'appello del 9 novembre 2004 che confermò il diniego dell'*exequatur* seppure con motivazione differente: su cui v. *supra* sezione II, cap. 2, par. 4.2. e 4.3.

La difesa del Gambazzi proseguì poi rilevando che:

*"il suo diritto di difesa era stato gravemente violato per l'impossibilità di prendere visione di tutta la documentazione agli atti dopo avere revocato il mandato al precedente difensore che si era rifiutato di consegnare i documenti esercitando diritto di ritenzione"*<sup>3</sup>.

Osservò poi che:

*"spetta alla Corte - di giustizia - (sentenza Krombach punto 21) esercitare il controllo sulla nozione e contenuto di ordine pubblico, precisamente il controllo dei limiti entro i quali il giudice di uno Stato contraente può ricorrere a tale nozione per non riconoscere una decisione emanata da un giudice di un altro Stato contraente"*;

e segnatamente<sup>4</sup> che:

*"l'art. 27, n. 1 Convenzione di Bruxelles non si riferisce al solo contenuto della sentenza, ma anche al suo procedimento formativo, essendo rilevante ogni aspetto della normativa processuale che non investa l'esame della competenza, e presenti, invece, i caratteri di essenzialità e non rinunciabilità"*.

Premessi i rilievi richiamati sollecitò, quindi, un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia

*"sull'interpretazione della nozione di ordine pubblico che impedisce il riconoscimento di sentenze pronunciate in altro Paese contraente della convenzione e membro della Comunità europea (...) con specifico riferimento al mancato esercizio del diritto di difesa a seguito del provvedimento di esclusione o debarment" nonché su altro quesito "riguardante le modalità e la natura stessa della seconda sentenza inglese (order). Le società, in assenza di contraddittorio, furono autorizzate a predisporre un conteggio dei danni; sottoscritto dall'avvocato delle predette, il giudice inglese si è limitato ad apporre una formula di stile, senza motivazione alcuna, ed ha fatto proprio tale conteggio. Se questo provvedimento sia una decisione ex art. 25 Convenzione di Bruxelles, e comunque sia stata resa*

<sup>3</sup> L'avvocato *Buder*, primo difensore di Gambazzi, una volta sostituito, non restituiva il materiale di causa esercitando il c.d. diritto di ritenzione per il mancato pagamento del suo onorario; la Corte inglese, sollecitata a consentire ai nuovi difensori di estrarre copia della documentazione depositata in cancelleria, si oppose. Sul tema v. *infra*, cap. III, par. 1 e 2.3.

<sup>4</sup> Cass. 3 marzo 1999, n. 1769 in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, 122. In termini anche Trib. Piacenza, 26 luglio 2013: nella decisione richiamata il giudice evidenzia come una violazione dell'ordine pubblico debba essere vagliata non solo alla luce del contenuto del provvedimento decisorio, ma anche delle modalità procedurali con cui la decisione è raggiunta.

nel rispetto dei principi del rispetto del contraddittorio e dell'equo processo, sembra più che giustificato dubitare, con conseguenze, ancora una volta, evidenti al fine del (non) riconoscimento ed esecutività ex art. 26 ss."

La difesa di Gambazzi, dunque, contestò la validità del decreto della corte milanese sia sotto un profilo formale, sia invocando la clausola ostativa al riconoscimento del c.d. ordine pubblico processuale<sup>3</sup> sollecitando il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per la delimitazione della nozione richiamata; segnatamente le decisioni inglesi non sarebbero riconoscibili in quanto carenti dei requisiti propri (motivazione e sottoscrizione giudiziale) di una pronuncia riconoscibile ex art. 25 Conv. Bruxelles e in ogni caso rese in aperta violazione dei diritti di difesa e al contraddittorio del convenuto.

<sup>3</sup> L'ordine pubblico processuale inteso quale specie del concetto di ordine pubblico in generale che si compone di ordine pubblico sostanziale e processuale è rappresentato dai principi inviolabili posti a garanzia del diritto di agire o resistere in giudizio: in questi termini Cass. 14 gennaio 2003, n. 365 in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2003, 201; in dottrina definisce l'ordine pubblico processuale come l'insieme dei "principi fondamentali da costituire gli stessi requisiti minimi che devono caratterizzare i procedimenti giurisdizionali al cui esito sono adottate le decisioni riconoscibili" CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, Torino 2009, 251. V. anche LORR, *L'ordine pubblico internazionale*, Milano, 2005, 310; sul tema ampiamente DE CRISTOFANO, *Ordine pubblico "processuale" ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale "europeo"*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2008, 563 ss. e in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Azzardi*, Padova, II, 2009, 893; v. anche più di recente CARONI, *Addio al "controlimiti"? (Per una tutela dell'identità nazionale degli Stati membri dell'Unione europea nella cooperazione fra le Corti)*, in FALLETTI, PICCONI (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, Bari 2012, 43 ss.; TUO, *La nozione di ordine pubblico processuale tra Bruxelles I e CEDU*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2010, 925; FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, 138 ss.; BIAGIOTTI, *L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordine pubblico processuale nel sistema della Convenzione di Bruxelles*, in *Riv. dir. int.*, 2001, 723; BOSCHIARO, *L'ordine pubblico processuale comunitario ed «europeo»*, in DE CESARI-FRIGESSI DI RAYTALMA (a cura di), *La tutela transnazionale del credito*, Torino, 2007, 163; WEILER, *Fundamental Rights and fundamental Boundaries*, in *The constitution of Europe: Do the New Clothes Have an Emperor?* and Other Essays on european integration, Cambridge, 1999, 102 ss. Con particolare riferimento alla vicenda che si esamina v. WINKLER, *The Empire strikes back. Diritto processuale inglese e ordine pubblico europeo a margine della vicenda Gambazzi-Stolzenberg*, in *Dir. commercio internat.*, 2011, 703 ss., spec. 719 ss. Sul tema v. più ampiamente *infra* in questo capitolo par. 3 e cap. II.

## 2. Le difese di DaimlerChrysler Inc. e CIBC Mellon Trust Company

Contro le argomentazioni compiute da Gambazzi *DaimlerChrysler Inc. e CIBC Mellon Trust Company* hanno svolto ampie difese.

Hanno in primo luogo allegato – relativamente ai profili di nullità formale del decreto – che:

"Contrariamente a quanto sostiene l'attore (...) le disposizioni concernenti il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni emessi negli Stati membri (artt. 33-52) hanno contenuto sostanzialmente identico alle analoghe disposizioni della Convenzione di Bruxelles (artt. 26-45) salvo qualche eccezione che, tuttavia, non ha inciso né sul procedimento, né sui presupposti per la dichiarazione di esecutività. (...) Anche qualora si dovesse ritenere che, nel caso concreto, la dichiarazione di esecutività in Italia delle sentenze inglesi avrebbe dovuto essere resa secondo la Convenzione, nondimeno il decreto della Corte d'appello di Milano non potrebbe ritenersi affetto da nullità e resterebbe perfettamente valido ed efficace. (...) Una simile ipotesi di nullità d'altra parte, sarebbe in ogni caso contraria al principio della libertà delle forme ed al principio di conservazione degli atti del processo vigenti nel nostro ordinamento (artt. 156 e ss. c.p.c.)". Sul punto – si rileva poi – la Corte d'appello adita ha "altresì il potere di disporre una modifica del decreto, nella parte relativa ai riferimenti normativi".

Quanto alla violazione dell'ordine pubblico quale elemento che impedirebbe il riconoscimento e l'esecuzione in Italia delle decisioni inglesi le società canadesi argomentarono l'assoluta infondatezza del rilievo:

"l'ipotesi di contrarietà all'ordine pubblico ricorre soltanto in casi eccezionali e la relativa nozione deve essere interpretata restrittivamente (...) la lesione dovrebbe costituire una violazione manifesta di una regola di diritto considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato richiesto<sup>4</sup> o di un diritto riconosciuto come fondamentale nello stesso ordinamento giuridico".

In relazione alla lamentata violazione del diritto del Gambazzi di difendersi partecipando attivamente al processo *DaimlerChrysler Inc. e CIBC Mellon Trust Company* evidenziarono che:

<sup>4</sup> In questi termini richiamando il disposto della sentenza *Krombach c/ André Bamberg*, causa C-7/98, cit.

"il fondamentale diritto di difesa dell'Avv. Gambazzi è stato rigorosamente rispettato nel corso del processo inglese" come accertato in giudizio "con la conseguenza che la questione dovrebbe ritenersi *res iudicata*. In particolare nella sentenza del 13 ottobre 1998 il Giudice Rafter ha espressamente affermato che la procedura di contempt of court non può ritenersi contraria all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo<sup>7</sup> (...) Se dunque l'Avv. Gambazzi non ha partecipato attivamente all'intero giudizio, tale comportamento è stato frutto di una sua scelta libera e consapevole, e non certo di un provvedimento della Corte inglese lesivo dei suoi diritti ad un equo processo (...) per non compromettere l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice inglese<sup>8</sup> (...) Ovviamente tale tesi dell'Avv. Gambazzi è priva di fondamento giuridico, poiché anche nel Regno Unito, come in Italia, esiste la possibilità di difendersi nel merito delle controversie senza che ciò comporti rinuncia alle eccezioni sollevate in via preliminare ovvero accettazione della giurisdizione o della competenza del giudice adito<sup>9</sup>.

A sostegno di questa conclusione le società canadesi allegarono un estratto<sup>10</sup> dell'affidavit del Gambazzi del 29 novembre 2002 in cui si legge:

<sup>7</sup> Che il diritto di accedere al giudice sia esigenza imprescindibile per la tutela di qualsivoglia diritto è da tempo affermato dalla Corte europea di Strasburgo; v. sentenza *Golder e/ Regno Unito* del 21 febbraio 1975; più di recente nel senso che tale diritto deve essere inteso come un diritto o potere di ottenere una decisione nel merito v. la decisione *Kucic e/ Croazia*, 1 marzo 2002. In dottrina si è osservato che "il diritto a un processo in cui possa svolgere con le necessarie garanzie le sue ragioni è lo strumento naturale per la salvaguardia di ogni altro diritto che l'uomo possa vantare"; così LIEMAN, *Le garanzie internazionali dell'equo processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 330. È stato peraltro più volte affermato dalla Corte di Strasburgo che le garanzie processuali di cui all'art. 6 CEDU possono essere soggette a limitazioni al fine di garantire un regolare procedimento anche se non possono essere compromesse e violate nel loro contenuto essenziale che, per quel che qui rileva, è rappresentato dall'ordine pubblico processuale; v. Corte europea dei diritti dell'uomo *Ashingdane e/ Regno Unito*, sentenza 28 maggio 1985, § 57; in modo analogo caso *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein e/ Germania*, 12 luglio 2001, § 44; caso *Walte e/ Kennedy*, 18 febbraio 1999, § 59; v. anche casi *Osman e Z e/ Regno Unito* sopra richiamati. Sul punto v. *infra* in questo capitolo par. 3.

<sup>8</sup> Come dichiarato dallo stesso Gambazzi nell'affidavit del 29 novembre 2002, in particolare ai punti 84-105.

<sup>9</sup> Di cui si allega espressamente la natura confessoria. L'affidavit designa una dichiarazione giurata prodotta in giudizio in forma scritta; v. *CPR* 32.15 - 32.17 e la *Practice Direction* 32, § 2 - 10.2. Sul tema con specifico riferimento all'utilizzabilità nel procedimento arbitrale v. FARRI, *La prova nell'arbitrato internazionale*, Torino 2014, 154 ss., spec. 167.

"Il consiglio categorico del Sig. Ceppi era quello d'interrompere la conformità delle varie ordinanze emesse dalla corte inglese e di concentrarmi esclusivamente sulla contestazione della giurisdizione. Accettavo tale consiglio, anche se oggi mi rendo conto che questo non rappresentava il consiglio corretto".

Dalle affermazioni riportate nell'affidavit fu argomentata la falsità delle difese del Gambazzi nella parte in cui dichiarò di non aver "potuto adempiere agli ordini cautelari per impossibilità dovuta all'esercizio del diritto di difesa in altro processo pendente in Svizzera (...)" e che "la High Court of Justice non avrebbe tenuto conto dei motivi che rendevano impossibile l'adempimento" come peraltro verificato dal Giudice Rafter che - come già visto<sup>11</sup> - all'udienza del 10 luglio 1998 ebbe a precisare che:

"il c.d. *unless order* che stava per rendere non avrebbe comunque avuto ad oggetto informazioni rispetto alle quali l'Avv. Gambazzi aveva eccettuato l'esistenza di imprecisati e generici obblighi di riservatezza impostigli dalla legge svizzera": secondo il giudice inglese "l'Avv. Gambazzi non ha fornito prova alcuna né della sua eccezione né di aver richiesto le autorizzazioni necessarie ad adempiere agli ordini della corte inglese".

Quanto alla questione del divieto d'accesso ai documenti di causa *DaimlerChrysler Inc. e CIBC Mellon Trust Company* rilevarono che:

"l'Avv. Gambazzi è, in ogni caso, un legale, con la conseguenza che non è credibile e plausibile ritenere che non si sia fatto consegnare le copie degli atti e dei documenti di causa dal proprio difensore, oppure che le abbia smarrite".

Confermarono anch'esse che la Corte inglese, espressamente richiesta dall'Avv. Gambazzi, si era rifiutata di rilasciare copia della documentazione in suo possesso

"precisando che, per prassi consuetudinaria assolutamente costante, dalla quale non intendeva discostarsi, i tribunali inglesi non rilasciano copia della documentazione di causa quando ciò potrebbe pregiudicare un diritto di ritenzione legittimamente esercitato da uno studio legale" suggerendo peraltro al Gambazzi di depositare "le somme dovute allo studio Legale Richard Butler, al fine di ottenere il rilascio della documentazione di causa senza pregiudicare la propria posizione".

<sup>11</sup> V. *supra* sez. I, cap. II, par. 2.

Argomentarono infine che, in ogni caso, la nuova difesa di Gambazzi aveva ottenuto buona parte della documentazione di causa in tempo utile per la prima udienza successiva<sup>11</sup> dell'aprile 1998 anche grazie alla loro disponibilità.

Il Gambazzi, poi, – sempre secondo la ricostruzione offerta dalle società canadesi – dopo la decisione della *House of Lords* che aveva confermato la propria giurisdizione

*“ha consapevolmente e volutamente deciso di non partecipare ulteriormente alla causa. In tale fase avrebbe dovuto presentare alla High Court of Justice un Acknowledgement of Service che indicasse la sua intenzione di difendersi sul merito della controversia, ma non l'ha fatto”*.

Il rilievo non è comprensibile: essendo ormai intervenuta una decisione a definizione della controversia un *“Acknowledgement of Service che indicasse la sua intenzione di difendersi sul merito della controversia”* non solo non avrebbe avuto senso, ma neppure sarebbe stato ammissibile.

*DaimlerChrysler Inc.* e *CIBC Mellon Trust Company* si opposero, infine, alla richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia formulata dal Gambazzi sostenendo che l'istanza sarebbe stata formulata in modo generico e che:

*“ai sensi della Convenzione di Bruxelles, l'ordine pubblico la cui violazione osta al riconoscimento ed all'esecuzione di sentenze straniere è quello dello Stato in cui il riconoscimento e l'esecuzione vengono richiesti; non trattandosi dunque di una disposizione della Convenzione della Convenzione di Bruxelles, la Corte di giustizia non può ritenersi competente ad interpretare tale nozione”<sup>12</sup>.*

Proseguirono infine il ragionamento allegando che:

*“alla Corte di giustizia non spetta il compito di definire il concetto di ordine pubblico, bensì soltanto quello di limitarne le possibilità di applicazione a casi assolutamente eccezionali e dunque precisare i casi in cui gli Stati contraenti non possono fare ricorso a tale nozione”*.

<sup>11</sup> Essendo stata l'udienza del 29 ottobre 1997 dedicata a questioni di carattere amministrativo e burocratico.

<sup>12</sup> In tal senso Cass. 3 marzo 1999, n. 1769, richiamata da entrambe le parti in causa.

### 3. La violazione dell'ordine pubblico quale condizione ostativa al riconoscimento di una decisione resa nello spazio giudiziario europeo

I rilievi da ultimo richiamati delle società canadesi sono stati disattesi dalla Corte di appello di Milano che ha ritenuto opportuno demandare alla Corte di giustizia l'individuazione della nozione di ordine pubblico ostativo del riconoscimento di una decisione resa nello spazio giudiziario europeo. La scelta della Corte d'appello deve essere giudicata corretta.

Se, infatti, è incontrovertito – come rilevato dalle società canadesi – che la verifica in ordine alla non riconoscibilità di un provvedimento europeo debba essere svolta alla luce della nozione di ordine pubblico nazionale dello Stato richiesto<sup>13</sup> – in questo senso

<sup>13</sup> In tal senso espressamente l'art. 27 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale che parla di ordine pubblico dello Stato richiesto. Per l'affermazione che la nozione di ordine pubblico deve essere interpretata eccezionalmente e restrittivamente, v. Corte di giustizia sentenza del 4 febbraio 1998, causa C-145/86, *Hoffman* e sentenza 10 ottobre 1996, causa C-78/95, *Hendrikman*; in diritto interno v. Cass. 17 febbraio 2010, n. 3823 *“in tema di riconoscimento di sentenze straniere, il giudice deve verificare se, oltre al rispetto delle disposizioni specificamente previste (...) siano stati soddisfatti i principi fondamentali dell'ordinamento, sia quelli attinenti al contenuto della decisione, sia quelli relativi al suo procedimento formativo, vale a dire quelli posti a garanzia del diritto di agire e resistere in giudizio e del rispetto del contraddittorio, la cui osservanza deve essere valutata in termini restrittivi, non essendo ravvisabile violazione del diritto di difesa ogni volta in cui venga riscontrata l'inosservanza di una disposizione processuale posta a tutela della partecipazione della parte al giudizio, ma soltanto nei casi in cui detta inosservanza, per la sua rilevante incidenza, abbia determinato una lesione del diritto di difesa rispetto all'intero processo”*. Si è rilevato che sussiste in capo a colui che ha ottenuto una decisione a lui favorevole all'interno dello spazio giudiziario europeo una legittima aspettativa a vederla eseguita: in tal senso la Corte europea dei diritti dell'uomo, *Vrbica e Croazia*, sentenza 1 aprile 2010, § 55, è giunta ad affermare che la negazione del riconoscimento potrebbe a sua volta rappresentare una illegittima interferenza alla luce della CEDU; in modo analogo v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 dicembre 2008, *Saccoccia e Austria*, § 61. Tutte le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo sono reperibili sul sito [www.http://hudoc.echr.coe.int](http://hudoc.echr.coe.int). Osserva che può rappresentare una violazione dell'art. 8 CEDU e quindi del diritto dell'individuo a godere della propria vita familiare il diniego di riconoscimento di decisioni in tema di divorzio, responsabilità familiare e ipotesi simili, SALERNO, *Competenza giurisdizionale, riconoscimento delle decisioni e diritto al giusto processo nella prospettiva europea*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, 924. Nel senso che la valutazione debba essere svolta alla luce dell'ordine pubblico del foro v. WISCIKA, *Circolazione delle decisioni*

già la relazione *Jenard*<sup>14</sup> a commento dell'art. 27 della Convenzione di Bruxelles, applicabile *rationae temporis* alla vicenda in esame – la delimitazione di tale nozione rientra nell'interpretazione del testo convenzionale ed oggi del regolamento n. 1215/2012<sup>15</sup>: l'individuazione del suo contenuto non può prescindere dalla ricostruzione che di essa è stata svolta sul piano oltre che "comunitario"<sup>16</sup>

*contumacia e ordine pubblico processuale nello spazio giudiziario europeo: un nuovo tassello della vicenda Gambuzzi* – Stolzenberg, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 581.

<sup>14</sup> In G.U.C.E., 1979 C 59/43 del 5 marzo 1979, in cui si precisa "Non rientra infatti nei compiti del giudice adito emettere un giudizio quanto alla compatibilità della sentenza straniera con l'ordine pubblico del suo paese, ciò che potrebbe essere considerato come una critica alla sentenza, bensì accertare se il riconoscimento della sentenza possa pregiudicare detto ordine pubblico". In tal senso il successivo Reg. 44/2001 e il vigente Reg. 1215/12 dispongono che il riconoscimento è negato se "manifestamente" contrario all'ordine pubblico recependo così la giurisprudenza della Corte secondo cui il motivo ostativo al riconoscimento deve godere di una interpretazione restrittiva. Sul tema vedi BIGNARDI, *L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordine pubblico processuale nel sistema della Convenzione di Bruxelles*, cit., 732 ss.; MOSCONI, *Qualche riflessione in tema di ordine pubblico nel progetto di riforma e nella Convenzione di Bruxelles nel 1968*, in *Riv. dir. int. Priv. e proc.*, 1992, 5; PASTI, *Spunti in tema di ordine pubblico e convenzione giudiziaria di Bruxelles*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1991, 13.

<sup>15</sup> In questi termini di recente Corte di giustizia, sentenza 16 luglio 2015, C 681/13 *Diageo Brands BV v. Stouramida-04 EOOD* e 23 ottobre 2014, C-302/13 *flyLAL-Lithuanian Airlines AS, in liquidazione v. Skrypskaitė lidosta Rīga VAS, Air Baltic Corporation AS*. Per l'evoluzione normativa nella materia in seno all'Unione europea v. GAUDIMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, 2010, *passim*. Per un esame del Reg. 1215/12 relativamente ai profili che attengono all'efficacia esecutiva della decisione europea e al limite generale dell'ordine pubblico si rinvia a SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione)*, Padova, 2015, 344 ss.; D'ALESSANDRO, *Il titolo esecutivo europeo nel regolamento 1215/2012, (Bruxelles I Bis)*, in *Riv. dir. Proc.*, 2013, 1044 ss. V. anche *infra* in questa sezione cap. II, par. 2.

<sup>16</sup> In dottrina v. SOISSI, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, 2011, 474. Nel caso *Dieter Krombach c. André Bamberski*, sentenza 28 marzo 2000, causa C-7/98, in *Racc.*, 2000, I-1935, punto 22 – la Corte di giustizia – come anche nel caso *Gambuzzi* che si esamina – precisa che "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, le esigenze del loro ordine pubblico, i limiti di tale nozione rientrano nell'interpretazione della Corte". Un passo ulteriore nel senso della creazione di una nozione di ordine pubblico europea è stato compiuto dalla Corte di giustizia nella recente decisione *Diageo Brands*, cit., punto 68 in cui si legittima il diniego di riconoscimento qualora l'errore di diritto invocato costituisca "una violazione manifesta di una norma giuridica considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dell'Unione, e dunque in quello dello Stato membro richiesto, o di un diritto riconosciuto come fondamentale in tali ordinamenti giuridici".

anche internazionale<sup>17</sup> attraverso i principi elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo la cui valenza, anche rispetto all'Unione europea, è stata affermata dalla Corte di giustizia<sup>18</sup> ed è espressamente riconosciuta dall'art. 52, co. 3 della Carta dei diritti

<sup>17</sup> V. VIVIANI, *Coordinamento fra valori fondamentali internazionali e statali: la tutela dei diritti umani e la clausola di ordine pubblico*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1999, 886; PIRROSI (a cura di), *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Torino, 2011, *passim*.

<sup>18</sup> Si legge nel caso *Krombach* cit., 25 che "i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza. A tal fine la Corte s'ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in prosieguo: la "CEDU") riveste, a questo proposito, un significato particolare" (v., segnatamente, sentenza 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston*, *Racc.*, pag. 1651, punto 18). Nel senso chiarito nel testo v. CIVISANI, *The Recognition of Foreign Judgments Lacking Reasons in Europe: access to justice, foreign Court avoidance and efficiency*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2008 (57), 33. Nel caso *Eurofood*, sentenza 2 maggio 2006, C-341/04, *Int'l Lia*, 2006, 123 con nota di BACCAGLINI e WINKLER si ribadisce che la Corte di giustizia riconosce il principio generale di diritto comunitario in forza del quale ogni persona ha diritto ad un processo equo: principio "che si ispira ai diritti fondamentali che fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e alle indicazioni fornite in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950". Nella decisione *Johnston*, cit. al punto 18 si osserva: "Come si riconosce nella dichiarazione comune 5 aprile 1977 del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione (GU C 103, pag. 1), e come è dichiarato nella giurisprudenza della Corte, si deve tener conto, nell'ambito del diritto comunitario, dei principi ai quali è ispirata la convenzione suddetta". Nella decisione Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 luglio 2001, *Pellegrini v. Italia*, in *Corr. giur.*, 2002, 2, 165, con nota di BOTTA, *La "delibazione" delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale di fronte alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, nonché in *Rev. Critique*, 2004, 106, con nota di CHRISTIANI, si è affermato che il rispetto dei principi del giusto processo deve essere garantito non solo dal giudice della decisione – che potrebbe anche non aver ratificato la CEDU come nel caso di specie – ma anche dal giudice del riconoscimento che ai principi enunciati dalla CEDU sia vincolato. In tema FOCARELLI, *Equo processo e riconoscimento di sentenze straniere: il caso Pellegrini*, in *Riv. dir. internaz.*, 2001, 955 ss. Per l'affermazione esplicita che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo rappresenterebbe uno strumento dell'ordine pubblico europeo v. caso *Gorzeliik v. Polonia*, 17 febbraio 2004, § 89; caso *Loizidou v. Turchia* del 28 luglio 1998. V. in dottrina nel senso accolto dalla giurisprudenza europea D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino 2007, 184 ss.; CIVISANI, *Il riconoscimento automatico*, in LUPOL, VULLO, CIVISANI, PASQUALIS (a cura di), *Giurisdizione italiana. Efficacia di sentenze e di atti stranieri*, Napoli 2007, 445 ss.; NASCIMBENE, *Riconoscimento di sentenze straniere e ordine pubblico comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2002, 659 ss.

fondamentali dell'Unione europea<sup>19</sup> sebbene la formale adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali non sia ancora avvenuta per quanto espressamente prevista dall'art. 6.2 del Trattato di Lisbona<sup>20</sup>, e resa possibile dalle previsioni dell'art. 59, co. 2 della Convenzione<sup>21</sup>.

L'equivalenza tra i sistemi processuali, posta alla base della regola dell'automatico riconoscimento delle decisioni rese nello

<sup>19</sup> Allegata sotto forma di dichiarazione al Trattato di Lisbona – su cui si v. la nota che segue – la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata per la prima volta in forma solenne nell'ambito del Consiglio europeo di Nizza il 7 dicembre 2000, ha, in virtù delle previsioni contenute nell'art. 6.1 del Trattato di Lisbona, la stessa efficacia del Trattato: "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa". La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea all'art. 41 tutela specificamente il diritto al *fair process* e all'art. 47 garantisce il "Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale. Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia".

<sup>20</sup> Il Trattato di Lisbona, sottoscritto il 13 dicembre 2007 – in G.U.C.E. del 17 dicembre 2007, L – ed entrato in vigore il 1 dicembre 2009 all'articolo 6.2 dispone "L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". In data 18 dicembre 2014 la Corte di giustizia ha adottato il parere n. 2/13, reperibile sul sito della Corte all'indirizzo <http://curia.europa.eu/juris/lite.pdf?pro=AVIS&num=c-2/13>, pronunciandosi sull'incompatibilità del Progetto riveduto di accordo per l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti umani (CEDU) affermando che "L'accordo sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali non è compatibile con l'articolo 6, paragrafo 2, TUE, né con il Protocollo (n. 8) relativo all'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato sull'Unione europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali". Sul punto v. *infra* sez. IV.

<sup>21</sup> L'art. 59, co. 2. CEDU nel testo modificato dal Protocollo 14 ed entrato in vigore il 1° giugno 2010 dispone che "L'unione europea può aderire alla presente convenzione".

spazio giudiziario europeo, presuppone che le regole processuali nazionali rispettino i principi del giusto processo<sup>22</sup>. Nella decisione *Scania*<sup>23</sup> si è espressamente affermato che, sebbene lo scopo della Convenzione, come risulta dal suo preambolo, sia quello di garantire la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento ed esecuzione delle decisioni giudiziarie, tale obiettivo non può essere raggiunto indebolendo, in qualsiasi modo, il diritto di difesa.

Con ordinanza del 2 luglio 2007 la Corte d'appello di Milano rilevò che:

*"non può darsi rilevanza ai fini che qui interessano e anche nella prospettiva della rilevanza delle questioni pregiudiziali sollevate, al solo fatto che l'ordinamento processuale italiano non preveda un meccanismo analogo al contempt of Court" e "deve escludersi che questa Corte possa sindacare la fondatezza della argomentazione svolta dal giudice inglese nel provvedimento di debarment là dove ha reputato non fondate e attendibili le ragioni proposte dalla difesa di Marco Gambazzi per giustificare il non adempimento a Mareva Injunctions".*

Svolgendo poi un'interessante premessa all'elaborazione dei quesiti interpretativi sottoposti alla Corte di Giustizia espose che:

*"è indubbio che la previsione di una sanzione processuale che faccia derivare conseguenze negative a carico della parte che ha rifiutato di eseguire un ordine del Giudice risponde ad esigenze proprie di ogni ordinamento processuale. Anche l'ordinamento italiano contempla meccanismi rispondenti a tali principi. Ad esempio, venendo a istituti riguardanti l'ispezione o l'esibizione di documentazione (questioni oggetto delle Mareva injunctions non adempiute), se la parte omette di adempiere l'ordine del giudice, da tale condotta il giudice può desumere argomenti di prova a carico della parte stessa, sino a ritenere provate le circostanze al cui accertamento era funzionale l'ordine impartito" (...) Dal rifiuto ad adempiere*

<sup>22</sup> Sul punto si v. i rilievi di SALERNO, *Costituzione e giurisdizione italiana*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale, Omaggio ad Aldo Atarù*, Padova, 2009, I, 229 ss., spec. 261 ss. nonché quanto più diffusamente illustrato *infra* cap. III.

<sup>23</sup> Corte di giustizia, sentenza 13 ottobre 2005, causa C-532/03, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2006, 241 ss. punto 15; NASCIMBENE, *Riconoscimento di sentenza straniera*, cit., 2002, 659 ss.

<sup>24</sup> In altri termini la Corte di appello mette in luce come, anche nel nostro ordinamento, il comportamento tenuto dalle parti possa assumere rilevanza al fine della definizione del giudizio nel merito ai sensi degli art. 116, 188 e 210 c.p.c.

*le Mareva injunctions non si determina – nel processo inglese – solo un effetto negativo, sul piano probatorio e processuale, a carico della parte, ma la stessa è esclusa da qualsiasi possibilità di difesa. (...) Il rifiuto di sentire la difesa o, comunque, l'esclusione della difesa da un processo ove la parte si è costituita può individuare una lesione di tale diritto, là dove essa non rappresenti una ragionevole e proporzionata sanzione a un comportamento processuale, ancorché censurabile, della parte".*

L'esigenza sentita dalla Corte di appello di trovare un punto di equilibrio fra circolazione dei provvedimenti giudiziari in ambito europeo e tutela del diritto di difesa quale espressione dei principi del giusto processo come riconosciuti dall'elaborazione giurisprudenziale europea ha suggerito di richiedere l'intervento interpretativo della Corte di giustizia.

## CAPITOLO II IL PROCEDIMENTO PREGIUDIZIALE INTERPRETATIVO DINANZI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA

di Margherita Salvadori

**SOMMARIO:** 1. L'ordinanza di rimessione della questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di giustizia. – 2. L'ambito di applicazione delle disposizioni rilevanti. – 3. Le criticità dei procedimenti d'origine evidenziate dagli accademici inglesi. – 4. La ricostruzione dell'eccezione di violazione dell'ordine pubblico internazionale del foro nella prospettiva dello studioso del processo civile italiano. – 5. La motivazione della Corte di Giustizia – C-394/07, *Marco Gambazzi contro Daimler Chrysler Canada Inc., CIBC Mellon Trust Company*.

### I. L'ordinanza di rimessione della questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di giustizia

La domanda di pronuncia pregiudiziale venne proposta dalla Corte d'appello di Milano il 22 agosto 2007 e registrata presso la Cancelleria della Corte di Giustizia quale causa C-394/07, tra il ricorrente Marco Gambazzi ed i convenuti Daimler Chrysler Canada Inc., CIBC Mellon Trust Company<sup>1</sup>.

Queste le due questioni interpretative proposte alla Corte di Giustizia:

*"1) se, sulla base della clausola dell'ordine pubblico di cui all'art. 27, punto 1 della Convenzione di Bruxelles, il Giudice dello Stato richiesto del provvedimento di esecutività possa tenere conto del fatto che il Giudice dello Stato che ha emesso il provvedimento ha negato alla parte soccombente, costituitasi in giudizio, di svolgere qualsiasi difesa successivamente all'adozione di un provvedimento di esclusione (debarment) nei termini sopra riferiti;*

*2) ovvero se l'interpretazione di detta disposizione, unitamente ai principi ricavabili dagli artt. 26 e segg. della Convenzione, circa il reciproco riconoscimento ed esecuzione delle decisioni giudiziarie in ambito comunitario, osti a che il Giudice nazionale possa considerare lesivo dell'ordine pubblico, nell'accezione di cui all'art. 27 punto n. 1, lo svolgimento di un processo civile in cui una parte sia impedita nell'esercizio del*

<sup>1</sup> In G.U.U.E. 24 novembre 2007, n. C283, 11.



diritto di difesa, in virtù di provvedimento di esclusione del Giudice, a ragione del mancato adempimento di un suo ordine".

La prima questione pregiudiziale proposta si incentra sull'interpretazione dell'art. 27, punto 1 della Convenzione di Bruxelles del 1968: *Le decisioni non sono riconosciute: 1) se il riconoscimento è contrario all'ordine pubblico dello Stato richiesto.*

La seconda questione pregiudiziale verte, invece, sulla qualificazione e sull'ampiezza di valutazione che il giudice nazionale può operare nella relazione tra ordine pubblico internazionale del proprio ordinamento e possibile violazione dei diritti di difesa avvenuta nell'ordinamento d'origine della decisione di cui è chiesto il riconoscimento.

Il fulcro dei dubbi interpretativi espressi dal giudice italiano si fonda sulla nozione di ordine pubblico dello Stato richiesto, e si limita ad essa, quale limite al riconoscimento della decisione giurisdizionale resa da un altro giudice europeo.

## 2. L'ambito di applicazione delle disposizioni rilevanti

Nel sistema di regole stabilito dalla Convenzione di Bruxelles<sup>2</sup> il titolo III della Convenzione, *Del riconoscimento e dell'esecuzione*, si ispira al principio del mutuo riconoscimento dell'efficacia delle decisioni straniere e, di conseguenza, anche la dichiarazione di esecutività riveste un certo grado di automaticità. Vi è infatti una prima fase in cui la Convenzione dà immediata fiducia allo Stato d'origine, mentre l'esame degli eventuali motivi di rifiuto del riconoscimento è rimandato alla seconda fase, in cui la parte contro cui la dichiarazione di esecutività è stata ottenuta e che intenda contestarla deve far valere l'esistenza di tali motivi, in

<sup>2</sup> Cfr. POCAR, *La Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, III ed., Milano, 1995; CALVO CARAVACA (a cura di), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1995; GAUDEMET-TALLON, *Les conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, II ed., Parigi, 1996; CARRONE, *Lo spazio giudiziario europeo. Le Convenzioni di Bruxelles e di Lugano*, II ed., Torino, 1997.

questo modo mantenendo una possibilità per lo Stato richiesto di 'controllare' la decisione straniera al fine di proteggere suoi interessi fondamentali attraverso lo strumento dell'ordine pubblico. Deve qui essere ricordato che il giudice del riconoscimento è chiamato a valutare gli effetti che la sentenza straniera verrebbe ad avere nel suo ordinamento e non a valutare le disposizioni straniere applicate nel procedimento d'origine<sup>3</sup>.

Quanto alla nozione di ordine pubblico internazionale, essa è inevitabilmente definita dal diritto nazionale dello Stato richiesto<sup>4</sup>. Tuttavia, la Corte di giustizia è competente a controllare i limiti entro i quali i giudici nazionali possono ricorrere a tale nozione per negare il riconoscimento ad una decisione proveniente da un paese dell'Unione europea. La determinazione di regole uniformi applicabili a tutti i giudici europei ha portato la Corte di Giustizia ad affermare che il ricorso all'ordine pubblico, ex art. 27 n. 1 (poi art. 34.1 del reg. 44/2001<sup>5</sup>, oggi art. 45.1 lett. a del reg. 1215/12), è possibile solo quando il riconoscimento contrasti in modo inaccettabile con l'ordinamento giuridico dello Stato richiesto, in quanto lesivo di un principio fondamentale. Deve trattarsi

<sup>3</sup> Cfr. MOSCONI, *Qualche riflessione in tema di ordine pubblico nel progetto di riforma e nella Convenzione di Bruxelles*, in (a cura di) GAZIA, *La riforma del diritto internazionale privato e processuale - Raccolta in ricordo di Edoardo Vitti*, 1994, Milano, Giuffrè, 370 ss.

<sup>4</sup> Può essere utile ricordare la distinzione tra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale per confermare la non coincidenza tra le due nozioni entrambe ricavate nell'ambito dello stesso ordinamento giuridico. Le norme di ordine pubblico interno mirano ad evitare che la vita sociale possa subire delle turbative per effetto dell'alterazione dei canoni di convivenza vigenti, quindi costituiscono norme non dispositive nell'ambito dell'ordinamento, mentre le norme di ordine pubblico internazionale mirano a proteggere la società dalle turbative che possono derivare dall'immissione di valori estranei e contrari a principi irrinunciabili del foro. V. STREUMER, *Ordine pubblico internazionale ed ordine pubblico interno*, in *Riv. dir. int.*, 1954, 82 ss.

<sup>5</sup> Cfr. CARRONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004*, VI ed., Torino, 2009; SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001 (la revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, 2006; DROZ-GAUDEMET-TALLON, *La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *RCDIP*, 2001, 601 ss.; GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, IV ed., 2010; MAGNUS, *Mankowski, Brussel I Regulation*, Sellier European Law Publishers, 2011.

quindi di una violazione 'manifesta'<sup>6</sup> di una regola di diritto considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato dell'esecuzione o di un diritto riconosciuto come fondamentale nello stesso ordinamento giuridico<sup>7</sup>. Invece, quando la lesione dell'ordinamento non riguardi un diritto fondamentale, il ricorso all'ordine pubblico violerebbe il divieto della revisione nel merito della decisione straniera previsto dall'art. 29 della Convenzione<sup>8</sup> (poi art. 36 del reg. 44/2001, oggi art. 52 del reg. 1215/2012). L'elaborazione della Corte di Giustizia ha quindi chiarito i limiti entro i quali è possibile rifiutare di riconoscere gli effetti dei provvedimenti giu-

<sup>6</sup> Sebbene l'art. 37.1 della Convenzione di Bruxelles si limitasse a parlare di 'contrarietà all'ordine pubblico dello Stato richiesto' la giurisprudenza della Corte di Giustizia aveva interpretato la norma come indicante un contrasto grave che metta in discussione obiettivi e scopi relativi a principi dell'ordine pubblico internazionale di cui l'ordinamento del foro non può tollerare alcuna lesione (così nella sentenza 28 marzo 2000, C-7/98, *Krombach*, punto 37, come nella sentenza 11 maggio 2000, C-38/98, *Maxicar*, punto 30). Per questo la successiva codificazione avvenuta nell'art. 34.1 del reg. 44/2001 (oggi art. 54.1 del reg. 1215/2012), 'manifesta contrarietà all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto', deve essere intesa come meramente confermativa dell'interpretazione data dalla Corte di giustizia in relazione alla limitata operatività dell'eccezione dell'ordine pubblico.

<sup>7</sup> V. Corte di giustizia, sentenza 28 marzo 2000, C-7/98, *Krombach*, in *Raccolta*, I-1935, in particolare punti 30-37. Il caso *Krombach* prende origine da una condanna penale francese pronunciata in contumacia nei confronti del *Krombach*, cittadino tedesco, senza che la legge francese avesse consentito nemmeno la costituzione dell'avvocato per esercitare il diritto di difesa. La decisione francese, oltre alla condanna penale, aveva stabilito anche sul pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento dei danni. Di questa parte della decisione relativa alla condanna civile viene richiesto il riconoscimento e l'esecuzione in Germania dove il giudice propone la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia per meglio precisare l'interpretazione delle disposizioni sull'incompatibilità con l'ordine pubblico. In quel caso la Corte di Giustizia ravvisava nella disciplina penale francese all'origine del processo contumacia una violazione dei diritti fondamentali della difesa, di conseguenza ritenendo legittimo il rifiuto del riconoscimento della decisione francese nell'ordinamento tedesco.

Peraltro, la violazione dei diritti di difesa nel procedimento penale è stata confermata anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che ha condannato lo Stato francese per violazione degli artt. 6.1. (diritto all'equo processo) e 6.3. (diritto all'assistenza legale) della Convenzione europea, nonché dell'art. 2 del protocollo 7 (diritto d'appello delle sentenze penali contumaciali). V. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 13 febbraio 2001, *Krombach c. Francia*, n. 29731/96, in particolare punto 90, in *Inr/Lia*, 2002, n. 3-4, 119 ss.

<sup>8</sup> V. Corte di giustizia, sentenza 11 maggio 2000, C-38/98, *Renard c. Maxicar*, *Raccolta*, I-2973, paragrafo 30, con riferimento alla corretta applicazione da parte del giudice dello Stato d'origine dei principi comunitari della libera circolazione delle merci e della libera concorrenza.

risdizionali stranieri. Precisamente, l'ordine pubblico deve operare solo in casi eccezionali ed in situazioni in cui, sulla scorta del principio di proporzionalità, la preclusione degli effetti della sentenza straniera è "realmente e strettamente necessaria per salvaguardare esigenze meritevoli di tutela e di tipo imperativo nell'interesse della comunità nazionale"<sup>9</sup>.

Ulteriore elemento che deve essere preso in considerazione è se la nozione di ordine pubblico accolta dalla Convenzione di Bruxelles, e dai successivi regolamenti europei, comprenda solo l'ordine pubblico sostanziale od anche l'ordine pubblico processuale, oppure se quest'ultimo possa venire in considerazione solo nella misura in cui possa essere ricompreso nella disposizione sulla garanzia del contraddittorio di cui all'art. 27 n. 2 della Convenzione. La giurisprudenza, così come la dottrina, sono concordi nel ritenere che l'ordine pubblico non riguardi i soli effetti sostanziali della decisione, ma possa concernere anche lo svolgimento del processo, il rispetto delle garanzie processuali ed in particolare il rispetto dei tempi di notificazione al convenuto quando questi sia rimasto contumace nel procedimento giudiziale.

Per questa ragione la nozione di ordine pubblico deve essere integrata con le regole internazionali previste dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo, specificamente le garanzie dettate dall'art. 6 in tema di 'giusto processo', che si impongono a tutti gli Stati membri dell'Unione europea, in quanto parti contraenti della Convenzione, ed alla stessa Unione europea, per effetto del rinvio contenuto nell'art. 6.3 del Trattato sull'Unione europea<sup>10</sup>. La nozione di ordine pubblico è quindi ulteriormente integrata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la c.d. Corte di Strasburgo, che ha interpretato la garanzia del 'giusto processo' in funzione di obblighi che attengono alla struttura dell'ordinamento giudiziario, nonché delle garanzie strettamente processuali quali la forma pubblica del processo, l'assistenza legale della parte ed il principio del contraddittorio a tutela del diritto

<sup>9</sup> Così *CAFFARELLI*, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2009, 249.

<sup>10</sup> Prima del Trattato di Lisbona, quindi nel momento in cui si è svolto il procedimento in esame, il riferimento era all'art. 6.2 del Trattato sull'Unione europea.

di difesa. Principii interpretativi che in relazione alla circolazione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo impongono il rispetto di tali garanzie anche nell'ordinamento d'origine in cui il giudice esprime la sua funzione decisoria sui diritti in questione<sup>11</sup>.

In relazione al diritto al contraddittorio si deve ricordare come la Corte di Giustizia abbia riconosciuto che il diritto alla difesa figura tra i diritti fondamentali che risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati europei, oltre che essere garantito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ed abbia affermato che eventuali violazioni del diritto di difesa possano costituire una violazione di un diritto fondamentale<sup>12</sup>.

Quanto alla formulazione dell'art. 27 della Convenzione di Bruxelles, notiamo come la stessa disposizione fosse presente anche nella Convenzione di Lugano del 1988<sup>13</sup>, mentre sia stata parzialmente modificata tanto nel regolamento 44 del 2001, art. 34, punto 1, ora art. 45.1 del reg. 1215/2012, quanto nella nuova convenzione di Lugano del 2007<sup>14</sup>, ove la portata applicativa della di-

<sup>11</sup> Rilevante da decisione nel caso *Pellegrini* del 20 luglio 2001, in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha stabilito l'obbligo per gli Stati parte della Convenzione europea di predisporre i mezzi processuali utili affinché l'interessato possa far verificare il mancato rispetto delle garanzie processuali fondamentali nell'ordinamento di origine della sentenza. In questo quadro giuridico, si è inserita la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, come stabilito dall'art. 6.1 del Trattato sull'Unione europea, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati e il cui art. 47 garantisce il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale, v. G.U.U.E. C-326 del 26.10.2012, 391 ss.

<sup>12</sup> Il riferimento giurisprudenziale è ancora alla decisione *Krombach*, sopra citata, in particolare ai paragrafi 38-40. Deve però essere nuovamente ricordato che tale decisione si riferisce ad una condanna civile al pagamento di danni, accessoria a una condanna penale pronunciata in contumacia, e non sembra possa essere interpretata per invocare qualsiasi violazione dei diritti della difesa che non costituiscono una manifesta contrarietà all'ordine pubblico dello Stato richiesto nel senso indicato dalla Corte di Giustizia.

<sup>13</sup> Cfr. BARIATTI, *Prime considerazioni sulla Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988 sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, 529 ss.; DROZ, *La Convention de Lugano parallèle à la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *RCDIP*, 1989, 1 ss.; FAWCETT, *The Lugano Convention*, in *European Law Rev.*, 1989, 105 ss.; DONZALLAR, *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, 2 vol., Berna, 1996.

<sup>14</sup> Precisamente art. 34, punto 1 della Convenzione di Lugano del 2007: "Le decisio-

sposizione è stata chiaramente limitata alla sole fattispecie di 'manifesta' contrarietà con l'ordine pubblico internazionale del foro.

Nel quadro sopra delineato si inserisce oggi il regolamento n. 1215/2012 (Bruxelles I bis)<sup>15</sup>, in vigore dal 10 gennaio 2015, che rafforza il regime uniforme di libera circolazione dei provvedimenti giudiziari degli Stati membri, affermando il riconoscimento automatico degli effetti cognitivi della sentenza europea e l'equivalenza esecutiva delle decisioni nello spazio giudiziario europeo<sup>16</sup>.

Pur non essendo questa la sede per un'analisi approfondita, deve essere sottolineato come il nuovo Regolamento 1215/2012, abbia eliminato la necessità di ottenere la dichiarazione di esecutività della decisione straniera. Infatti una decisione esecutiva nello Stato

*ni non sono riconosciute: 1) se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto".*

<sup>15</sup> Cfr. GAUDINOT-TALLON, *La refonte du règlement Bruxelles I*, in *RTD Eur.*, 2013, 435 ss.; BERAUDO, *Regards sur le nouveau règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *JDI*, n. 3, juillet 2013, 6 ss.; GARCOS-INCRAUSTI, *Le nouveau règlement Bruxelles I bis. Règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Bruylant, 2014, 205 ss.; CUMINERTI, *Abolition de l'exequatur et présomption de protection des droits fondamentaux*, in *RCDIP*, 2014, 303 ss.

<sup>16</sup> In particolare, l'art. 39 del nuovo testo prevede che "la decisione emessa in uno Stato membro che è esecutiva in tale Stato membro è altresì esecutiva negli altri Stati membri senza che sia richiesta una dichiarazione di esecutività", in questo modo abolendo l'exequatur e quindi sopprimendo qualsiasi procedura intermedia necessaria affinché l'esecutività di una decisione resa in uno Stato membro possa essere riconosciuta in un altro Stato membro. Tuttavia, la libera ed automatica circolazione dell'efficacia esecutiva continua a doversi confrontare con la previsione di motivi ostativi al riconoscimento, ed alla esecuzione, tuttora posti dall'art. 45 del regolamento Bruxelles I bis ai quali potrà darsi rilievo nell'ambito di un apposito procedimento giurisdizionale da instaurarsi, su istanza della parte interessata, avanti all'autorità dello Stato membro richiesto. Tra i motivi ostativi al riconoscimento, l'art. 45 ripropone, con formulazione identica a quella del regolamento 44/2001, la manifesta contrarietà all'ordine pubblico del foro. Da notare che la soppressione del procedimento di exequatur riguarderà solo le decisioni che siano state rese all'esito di procedimenti promossi successivamente al 10 gennaio 2015, mentre per le decisioni, pur pronunciate dopo tale data ma relative a procedimenti prima avviati, continuerà a trovare applicazione il sistema del regolamento n. 44/2001, come disposto dall'art. 66 del reg. 1215/2012. Cfr. LORIS PRUSA, *Il regime di circolazione delle decisioni nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (Bruxelles I-bis)*, in *Riv. Dir. Int.*, 2013, 1206 ss.; NUYTS, *La refonte du Règlement Bruxelles I*, in *Revue critique de droit international privé*, 2013, 2 ss.

membro d'origine, dal 10 gennaio 2015, lo è automaticamente anche negli altri Stati dell'Unione europea, quindi si può procedere all'esecuzione semplicemente notificando alla parte contro cui l'esecuzione deve essere iniziata la decisione giudiziale ottenuta e l'attestato di cui all'art. 53 del Regolamento tradotto nella lingua del paese di esecuzione. Sarà poi onere della parte contro cui l'esecuzione è richiesta presentare istanza, ex art. 46 del Regolamento, all'autorità giudiziaria competente<sup>17</sup> affinché, laddove sussistano i presupposti indicati nell'art. 45 del regolamento, e già previsti dal regolamento 44/2001 (in particolare dall'art. 34.1), venga negata l'esecuzione della decisione. Il c.d. *'reverse exequatur'*<sup>18</sup> prevede gli stessi motivi ostativi già stabiliti nel regolamento 44/2001, come nella Convenzione di Bruxelles del 1968, ma sposta il bilanciamento dell'interesse del debitore e di quello del creditore a favore di quest'ultimo. Infatti la natura esecutiva della decisione nell'ordinamento d'origine la assimila ad un titolo esecutivo di diritto comune per l'avvio del processo di esecuzione, a meno che il debitore non opponga condizioni ostative alla sua efficacia nell'ordinamento dello Stato richiesto dell'esecuzione.

### 3. Le criticità dei procedimenti d'origine evidenziate dagli accademici inglesi

Nel corso del procedimento avanti alla Corte di Giustizia vennero allegati agli atti di causa i pareri di due accademici inglesi allo scopo di evidenziare le criticità del giudizio inglese le cui decisioni erano oggetto di riconoscimento in Italia.

<sup>17</sup> Il Ministero della giustizia italiano in data 10 dicembre 2014 ha precisato, ai sensi dell'art. 75 lett. a) del Reg. 1215/2012, che le autorità giurisdizionali davanti alle quali deve essere presentata la domanda di diniego dell'esecuzione ai sensi dell'articolo 47, paragrafo 1, sono i Tribunali Ordinari; ai sensi dell'art. 75 lett. b) del reg. 1215/2012 che le autorità giurisdizionali davanti alle quali deve essere proposta l'impugnazione contro la decisione relativa alla domanda di diniego dell'esecuzione ai sensi dell'articolo 49, paragrafo 2, sono le Corti di Appello e, ai sensi dell'art. 75 lett. c) che l'autorità giurisdizionale davanti alla quale deve essere proposta un'ulteriore impugnazione ai sensi dell'articolo 50, è la Corte di Cassazione.

<sup>18</sup> V. NIELSON, *The New Brussels I Regulation*, in *Common Market Law Review*, 2013, 503 ss., in particolare 527.

Il Professor Adrian Briggs<sup>19</sup> concentra la sua attenzione sui criteri di giurisdizione utilizzati dalle Corti inglesi ripercorrendo i fatti giudiziari che hanno preceduto l'emanazione della sentenza di condanna del 10 dicembre 1998. In particolare, evidenzia come anche avanti alle corti inglesi la giurisdizione debba essere contestata nel primo atto difensivo del convenuto senza che debba essere prestata alcuna attività difensiva nel merito, ma come, in questo caso, sia stato deciso il merito (sentenza 10 dicembre 1998) prima che si arrivasse ad una decisione sulla giurisdizione del giudice inglese (sentenza 12 ottobre 2000).

*"Gambuzzi's challenge to the jurisdiction of the English court was finally dismissed by decision of the House of Lords, the final court of appeal in England, in its decision of October 12th 2000, which is reported as Canada Trust Co v Stolzenberg (No 2) [2002] 1 AC 1. The procedural consequence of the dismissal of a challenge to the jurisdiction is that the defendant is given a further opportunity to acknowledge the service of the writ, for the original acknowledgment lapses when the challenge is made. At that point the pre-trial process will then resume and follow the path it would have taken if there had been no challenge to the jurisdiction. But in this case that was not possible, for before the jurisdictional challenge had been disposed of, judgment against Gambuzzi had already been entered"*<sup>20</sup>.

#### Precisamente

*"The result is this. Proceedings had been instituted before the English courts. Gambuzzi had challenged the jurisdiction; his challenge was finally dismissed on October 12th 2000. Before the proceedings were instituted, a Mareva injunction was made against Gambuzzi, which sought to pave the way for the enforcement of a judgment on the merits if one should eventually be given. Because Gambuzzi did not comply with that order, which was directed to the post-judgment enforcement, he was debarred from defending the claim on its merits; and this happened while his challenge to the jurisdiction was still pending. As far as I can see, nothing Gambuzzi did interfered, or could possibly have been seen to interfere, with the trial of the substantive claim against him. It is certainly cor-*

<sup>19</sup> Professore di Diritto internazionale privato nell'Università di Oxford, ed avvocato presso la *Blackstone House, Temple, Londra*. Precisa di essersi già occupato del caso quando il *Committee of the Judicial Committee of the House of Lords* ha deciso che Gambuzzi avrebbe potuto presentare appello contro la decisione della *Court of Appeal* che ha confermato la sussistenza della giurisdizione inglese sul suo caso, ma di non aver fatto parte del collegio difensivo.

<sup>20</sup> V. paragrafo 10 del parere del prof. Briggs.

rect that his conduct meant that the enforcement of any judgment on the merits would be more difficult than it would have been if he had complied with the Mareva injunction in the way sought by the claimants and ordered by the judge. But there is no basis for any suggestion, as far as I can see, that Gambazzi's response to the Mareva injunction affected in any way the ability of the court to conduct a proper trial of the merits of the claim against Gambazzi and the other defendants"<sup>21</sup>.

Nella precisa ricostruzione del professor Briggs risulta evidente come il *debarment* del sig. Gambazzi, non riconducibile ad una sua scelta ma all'ordine del giudice, abbia impedito al convenuto l'esercizio del suo diritto di difesa. Alla luce della precedente giurisprudenza dei giudici inglesi, *Hadkinson v Hadkinson* (1952), *Waite v Waite* (31 luglio 1998), *Motorola Credit Corp v Uzan* (No 2) (2004), *Polanski v Condé Nast Publications Ltd* (2005)<sup>22</sup>, il professor Brigg sottolinea come in nessun caso un giudice dovrebbe poter impedire ad una parte di discutere il suo caso, "unless it would bring the law into disrepute to do so"<sup>23</sup>.

Per queste ragioni il parere evidenzia esservi stata nel procedimento inglese una palese violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, considerato che nessuna ordinanza ha discusso il merito della causa, ma siano unicamente riconducibili alle di regole processuali del foro. Nel percorso argomentativo del professor Briggs la totale assenza di ogni valutazione sulla situazione sottoposta a scrutinio giudiziale è un elemento ostativo che dovrebbe essere fatto valere nel momento in cui gli attori adiranno le giurisdizioni degli Stati membri per ottenerne il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti inglesi:

"the right to be heard is a fundamental one, supported by Article 6 of the European Convention, and which may be overridden only by a sanction is proportionate and necessary to achieve the aim for which that sanction is imposed. [...] In other words, because Gambazzi would not cooperate by preparing to have a judgment enforced against him, he forfeited the right to defend the proceedings in the first place. As [...] a defen-

<sup>21</sup> V. paragrafo 17 del parere del prof. Briggs.

<sup>22</sup> L'analisi giurisprudenziale offerta nel parere del Prof. Briggs è molto ampia ed interessante, per mere ragioni organizzative del presente lavoro non viene qui riproposta, ma si rinvia ai paragrafi da 23 a 31 del parere.

<sup>23</sup> V. paragrafo 29 del parere del prof. Briggs.

dant may be prevented from defending the substance of a claim made against him because he has been disobedient to orders made in relation to the post-judgment enforcement. [...] The consequence is that there will be no judicial scrutiny at all of the merits of the claim made against him. Judgment is entered in terms of the claim made by the claimant, without any of that claim being put to the test. [...] English courts are now aware that a judgment, which is entered where the defendant has not been heard and without any judicial scrutiny of the merits of the claim, may impair the enforceability of that judgment under the Brussels Convention or Brussels Regulation"<sup>24</sup>.

Peraltro, il parere riconosce che tutti i provvedimenti della High Court di Londra sono stati stabiliti in coerenza con le regole processuali in quel momento vigenti sul territorio inglese, quindi come in quell'ordinamento sia effettivamente possibile ottenere legalmente un provvedimento giurisdizionale senza che il giudice debba affrontare il merito della controversia, qualora il convenuto rifiuti di 'obbedire' ad un ordine della stessa corte.

"It was given, entirely in accordance with English procedural law, without any judicial scrutiny of the substance of the claim. This was because the defendant refused (as the court saw it, and as the defendant did not really deny) to obey an order made by the court which was designed to make it easier for the claimant, if it obtained judgment on the merits, to enforce that judgment. It is only my opinion, but I would not find it shocking if a court in another Member State were to take the view that the recognition of a judgment obtained in such circumstances was contrary to its public policy in the sense in which that term had been defined by the European Court in its decisions in *Krombach v Bamberger* (C-7/98) [2000] ECR I-1935 and *Régie Nationale des Usines Renault v Maxicar SpA* (C-38/98) [2000] ECR I-2973".

Il Professor Neil Andrews<sup>25</sup> concentra a sua volta l'attenzione sul precedente giudiziario del caso *Krombach* per poi evidenziare i motivi in forza dei quali anche la vicenda occorsa al sig. Gambazzi rappresenta un caso di diniego di accesso alla giustizia, non solo in ragione della violazione dell'art. 6 della Convenzione europea, ma anche a causa delle scelte operate dai giudici inglesi che costituiscono una palese violazione del principio di proporzionalità.

<sup>24</sup> V. paragrafi 32-35 del parere del prof. Briggs.

<sup>25</sup> Professore di Diritto internazionale privato nell'Università di Cambridge, ed avvocato presso la *Benchers of Middle Temple*, Londra.

Ricordando come il sig. Gambazzi non avesse alcun bene (asset) in Inghilterra né nel Regno Unito, non vi risiedesse, e non sussistessero altre ragioni per le quali potesse essergli ordinato di recarvisi (*ordered to visit England*), il professor Andrew offre una splendida visione plastica della sequenza di provvedimenti che hanno colpito il sig. Gambazzi:

*"the English court issued a set of 'unless', 'debaring', 'striking out' and 'default' orders (English High Court orders of 10 July 1998, 13 October 1998 and 10 December 1998, and 17 March 1999). The effect of these orders was that, unless Gambazzi complied on time and fully with the relevant disclosure orders, the court's order would be effective (i) to strike out the substantive defence of Gambazzi; (ii) to debar him and any legal representative from participating in civil proceedings to determine his liability to pay compensation and, relatedly, debar him from and his lawyer from proceedings to qualify the amount of compensation payable by him; (iii) and the order would further permit the claimants to enter judgment for the amounts claimed (and as determined by the court). In pursuance of (iii), the plaintiffs duly applied for and obtained default judgment for sums ultimately assessed by the court without Gambazzi's participation. The English court justified this unusually draconian set of 'debaring' orders (to employ convenient shorthand) as appropriate response to the suggested failure by Gambazzi to make full disclosure of his assets on a 'worldwide' basis. The disclosure order had been made as an offshoot of primary 'freezing injunction'".*<sup>26</sup>

Affinché la Corte di Giustizia, consenta al giudice del rinvio, cioè il giudice italiano, di rifiutare il riconoscimento dei provvedimenti inglesi vengono ricordati i paragrafi centrali della decisione della Corte di Giustizia nel caso *Krombach*<sup>27</sup>, che per comodità del lettore riportiamo qui in italiano.

*"da una giurisprudenza elaborata dalla Corte (...) risulta che il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento promosso nei confronti di una persona e che possa sfociare in un atto per essa lesivo costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario e dev'essere garantito anche in mancanza di qualsiasi norma riguardante il procedimento di cui trattasi (...). [43] Inoltre, la Corte ha altresì affermato che, anche se lo scopo della Convenzione è quello di garantire la semplificazione delle for-*

<sup>26</sup> V. paragrafo 8 del parere del prof. Andrews.

<sup>27</sup> Sentenza Corte di Giustizia del 28 marzo 2000, causa C-7/98, *Krombach*, in *Racc.*, I-1935.

*malità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie questo obiettivo non potrebbe tuttavia essere raggiunto indebolendo i diritti della difesa (...). [44] Da questa evoluzione giurisprudenziale discende che il ricorso alla clausola dell'ordine pubblico deve essere considerato possibile nei casi eccezionali in cui le garanzie previste dall'ordinamento dello Stato d'origine e dalla Convenzione stessa non sono bastate a proteggere il convenuto da una violazione manifesta del suo diritto a difendersi dinanzi al giudice d'origine, come sancito dalla CEDU"*<sup>28</sup>.

In relazione alla determinazione del diritto di accesso alla giustizia, viene anche richiamato il precedente della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Airey c. Ireland* – dove la Corte di Strasburgo ha affermato che il diritto di accesso al giudice è una delle garanzie fondamentali che definiscono il giusto processo in una società democratica –<sup>29</sup>, quindi viene fatto riferimento al Principio 17 dell'*UNIDROIT Principles of Transnational Civil Litigation*<sup>30</sup> dove si afferma che se la Corte può imporre delle sanzioni nei confronti delle parti, degli avvocati o di terzi per il rifiuto di rispettare gli obblighi stabiliti dalla procedura, queste sanzioni devono essere ragionevoli e proporzionate (Principio 17.2). Ricordando quanto già stabilito dal giudice inglese nel caso *Motorola* del 2003<sup>31</sup>, il professor Andrews afferma:

<sup>28</sup> Precisamente paragrafi 43-45 della sentenza *Krombach*, cit.

<sup>29</sup> Sentenza del 9 ottobre 1979, *Airey c. Ireland*, n. 6289/73.

<sup>30</sup> Il testo del Principio 17 è reperibile all'indirizzo <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/all-unidroitprinciples-e.pdf>.

<sup>31</sup> Il caso *Motorola Credit Corp v Uzan* (No 2) [2004] 1 WLR 113, riguardava una *Mareva injunction* adottata nei confronti di un certo numero di convenuti turchi che, analogamente al sig. Gambazzi, non avevano fornito le informazioni richieste. Anche in quel caso la *Mareva injunction* era stata "set aside", ma il giudice dell'appello dichiarò illegittimo il "set aside" affermando il diritto dei convenuti ad essere sentiti nonostante il mancato adempimento degli obblighi loro imposti dal giudice di prime cure: "while wholly deprecating the defiant attitude of the defendants which has, as appears from the evidence before us, been part and parcel of a series of tactical delays and regrettable lack of frankness in two jurisdictions, we bear in mind that the defendants' appeals are essentially defensive in nature. Their stance in this jurisdiction has been one of resistance to a series of restrictive and intrusive orders sought by the claimants in foreign proceedings, rather than a voluntary invocation of the powers of the English court for their own benefit. This seems to us to bear on the proportionality of precluding them, as parties in contempt, from what would otherwise be their right of appeal against the freezing orders to which the orders for cross-examination were ancillary. In all the circumstances, we take the view that the defendants should be

"The English court could then have considered whether the [proposed] 'debarment' orders in this case were not an example of procedural 'overkill'. It might well have concluded that such orders would be a disproportionate, and hence unjustified and illegitimate, response to alleged breach by Gambazzi on the present facts. The Court might have concluded that it was unjustified to subject him to an 'unless order' threatening him with exclusion from subsequent civil proceedings in London concerning the substantive merits of the action"<sup>22</sup>.

#### 4. La ricostruzione dell'eccezione di violazione dell'ordine pubblico internazionale del foro nella prospettiva dello studioso del processo civile italiano

Negli atti di causa dell'attore troviamo anche il parere del professor Marco De Cristofaro<sup>23</sup> il quale offre un'ampia prospettiva comparatistica ricostruendo l'eccezione di violazione dell'ordine pubblico internazionale del foro in numerosi ordinamenti nazionali (Italia, Inghilterra, Germania, Francia) alla luce degli accordi internazionali rilevanti<sup>24</sup>.

*heard upon, and their arguments treated as addressed to, all of their appeals and applications now before us*", v. paragrafo 125 della decisione d'appello.

<sup>22</sup> V. paragrafo 18 del parere del prof. Andrews.

<sup>23</sup> Professore di Diritto processuale civile nell'Università di Padova. Dichiarò di essere "entrato in contatto" con il complesso contenzioso *Stolzenberg and Gambazzi v Daimler-Chrysler Canada* in qualità di studioso avendone scritto sulla Rivista specializzata *Int'l Lis V.* anche DE CRISTOFARO, *Ordine pubblico "processuale" ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale "europeo"*, *Contratto e impresa/Europa*, 2008, p. 594 ss.

<sup>24</sup> Non potendo qui ripercorrere tutti i profili di interesse, pare doveroso dar conto dell'articolazione del parere riportando in modo integrale almeno il suo sommario: "Premessa. - 1. La clausola dell'ordine pubblico nel sistema europeo di riconoscimento delle sentenze. - 1. Ordine pubblico e Convenzione di Bruxelles. - 2. Ordine pubblico sostanziale ed ordine pubblico 'processuale': l'affermarsi della nozione di ordine pubblico processuale nel panorama europeo. - 3. L'ordine pubblico processuale ed il 'sistema di Bruxelles'. - II. I principi della sentenza *Krombach* ed il caso *Gambazzi*. - 4. La sentenza *Krombach* e la fattispecie in ordine a cui si sono pronunciate Corte di giustizia e Corte CEDU. - 5. Il sistema inglese del *default judgment* e del *debarment* e la sua unicità sul piano comparatistico. - 6. Il confronto tra il caso *Krombach* ed il caso *Gambazzi*: il perfetto parallelismo delle fattispecie. - 7. Imposizione di comportamenti processuali e sanzioni per l'inottemperanza: la sproporzione ancora più grande, nel rapporto tra i primi e le seconde, ravvicinabile nel caso *Gambazzi*. - 8. Questioni finali: ulteriori zone d'ombra nel procedimento a quo; il prestatore

Uno dei punti focali della trattazione è la diversa operatività della clausola dell'ordine pubblico quando operante in funzione dell'applicazione della legge straniera rispetto a situazioni in cui operi in relazione al riconoscimento delle decisioni straniere:

"Quanto alla connotazione dell'ordine pubblico nel sistema europeo di circolazione delle sentenze, due indicazioni sono estraibili dalla Convenzione di Bruxelles. In primo luogo, in sede di riconoscimento dei prodotti giudiziari stranieri, è di norma più elevato il grado di tolleranza che l'ordinamento manifesta nei confronti della salvaguardia dei valori fondamentali del foro rispetto a ciò che accade quanto all'utilizzo della clausola dell'ordine pubblico nel contesto della tematica dei cd. conflitti di legge. Proprio perché si tratta dell'accoglimento di un prodotto 'di importazione', in cui al giudice interno non è richiesto di fare in prima persona applicazione delle norme o dei principi confliggenti con l'ordine pubblico, il relativo ostacolo può non concretizzarsi in alcuni dei casi in cui, a parità di situazioni, un tribunale del foro non avrebbe potuto che rifiutare l'applicazione della norma su cui poggia la sentenza straniera (cd. *ordre public atténué*). L'alterità intrinseca delle situazioni (di applicazione immediata della norma, nell'un caso, di recezione della sentenza straniera che l'ha applicata, nell'altro) e la diversa forma di attività che la loro assunzione nell'ordinamento esige, possono pertanto determinare una minore intensità del funzionamento del limite dell'ordine pubblico di fronte alle sentenze straniere"<sup>25</sup>.

Il caso *Krombach*, deciso sia dalla Corte di Giustizia<sup>26</sup> sia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>27</sup>, è dettagliatamente analizzato anche nella relazione con l'evoluzione dell'applicazione della clausola dell'ordine pubblico, per confermare l'operatività di detto limite in relazione alla violazione di diritti fondamentali delle parti.

Il parere analizza quindi le regole processuali inglesi relative al *Default Judgement* e dimostra come il processo contumaciale

*onere d'impugnazione. - III. Considerazioni ancillari e finali. - 9. Intervento diretto della Corte ed enucleazione di principi comuni: la Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo e il ruolo della Corte di giustizia. - 10. (Segue): le architetture del diritto processuale europeo".*

<sup>25</sup> V. paragrafo I.1, *Ordine pubblico e Convenzione di Bruxelles*, del parere del Prof. De Cristofaro.

<sup>26</sup> Sentenza Corte di Giustizia del 28 marzo 2000, causa C-7/98, *Krombach*, in *Raccolta*, I-1935. V. supra nota 7.

<sup>27</sup> Sentenza Corte europea dei diritti dell'uomo 13 febbraio 2001, n. 29731/96, *Krombach c. Francia*, che afferma esservi stata violazione dell'art. 6, paragrafo 1 (equo processo) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

inglese sia un *unicum*, non solo rispetto alla disciplina italiana, ma anche in prospettiva comparatistica

*“Ed allora, dal raffronto con altre esperienze giuridiche, che, pur avendo condiviso la medesima matrice salica, sono state emendate dai connotati più retri dell'originaria impostazione pubblicistica del processo, risulta evidente che l'attuale assetto normativo inglese appare tuttora ispirato, quanto alla regolamentazione dei profili inerenti le relazioni tra le parti e i giudici, al feudale principio di ossequio per le manifestazioni dell'autorità sovrana. Ciò è dimostrato in primis da un dettaglio fondamentale come il tradizionale divieto di ottenere default judgments nei confronti della Corona, che appunto solo si può spiegare con l'impossibilità logica di configurare un sovrano che oltreggia sé medesimo. A ciò si aggiunga poi che la possibilità per la parte istante di ottenere senza indugio, tramite un procedimento amministrativo (con semplice request), un judgment by default a lei favorevole, si fonda sul chiaro presupposto che il convenuto disobbediente o irrispettoso meriti senz'altro la condanna”* [...] *l'unless order emanato da Raiter J. era funzionale all'acquisizione di informazioni non dirette all'indagine circa la fondatezza della domanda dell'attore, bensì al buon esito di un'esigenza cautelare, (...) Le informazioni che si ottengono nel contesto della provisional and protective measure coincidente con la Mareva injunction, dunque, sono del tutto irrilevanti ai fini dell'accertamento dei fatti e della valutazione circa la fondatezza della pretesa del creditore”*<sup>28</sup>.

L'analisi del Professor De Cristofaro individua numerosi punti di contatto, o meglio di vero e proprio parallelismo, tra la fattispecie del caso *Krombach* e la fattispecie che coinvolge il sig. Gambazzi. Non potendo qui dar conto delle articolate argomentazioni offerte, ci limitiamo a riportare le note conclusive in punto differenze tra le due fattispecie:

*«nel caso Krombach, il sacrificio necessario per beneficiare delle facoltà difensive era minore rispetto a quanto è accaduto nel caso Gambazzi, poiché nella prima ipotesi all'imputato si richiedeva di rinunciare alla libertà personale, mentre nella seconda la pretesa sarebbe stata meramente diretta all'acquisizione di informazioni. In realtà – ed anche a prescindere dal rilievo che contro il sig. Gambazzi è stato emesso un “unusually draconian set of ‘debarring’ orders” – va rimarcato come la compressione*

<sup>28</sup> V. paragrafo II.5, *Il sistema inglese del default judgment e del debarment e la sua unicità sul piano comparatistico*, del parere del Prof. De Cristofaro.

<sup>29</sup> V. paragrafo II.6, *Il confronto tra il caso Krombach ed il caso Gambazzi: il perfetto parallelismo delle fattispecie*, del parere del Prof. De Cristofaro.

*della libertà personale richiesta al sig. Krombach fosse per definizione meramente temporanea (...). Per contro, al sig. Gambazzi si è richiesta la messa a disposizione di un'enorme quantità di informazioni, idonee per la loro generalità a disvelare la sua intera vita professionale e privata, ed è evidente che in questo contesto il sacrificio imposto al destinatario dell'ordine di disclosure non era temporaneo, ma irreversibile (...). Sarà anche vero, dunque, che la libertà personale è il bene primario per eccellenza, ma va anche rilevato come l'intensità del suo sacrificio, nello specifico caso Krombach, era di gran lunga inferiore a confronto con il carattere irreversibile dell'accesso alle informazioni che nel nostro caso avrebbe avuto il creditore»*<sup>30</sup>.

Ad ulteriore supporto dell'operatività della clausola dell'ordine pubblico quale limite al riconoscimento in Italia dei provvedimenti inglesi diretti al sig. Gambazzi, il parere affronta il tema sia della carenza di motivazione delle decisioni – precisando anche come tale argomento sia stato affrontato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione italiana<sup>31</sup> – sia quello dell'ulteriore violazione del diritto di difesa in relazione all'accesso ai documenti di causa trattenuti dal primo legale a garanzia del pagamento del compenso<sup>32</sup>.

Queste le indicazioni che il parere fornisce alla Corte di Giustizia per la decisione della questione interpretativa proposta dalla Corte d'Appello di Milano:

*“Alla luce delle affinità (nonché della maggior gravità) della vicenda Gambazzi rispetto a quella Krombach, la Corte ben potrà entrare nei dettagli della stessa e specificare se ritenga che la preclusione integrale della difesa nel procedimento – con le irreversibili conseguenze sul piano del contenuto della decisione – concretino una violazione del diritto di difesa del convenuto; in ciò essendo chiamata a valorizzare le linee tracciate dalla Corte CEDU di Strasburgo, che non lasciano margini di dubbio sulla omologia delle due fattispecie, tenendo altresì conto della rilevanza della giurisprudenza CEDU ai fini della determinazione dell'ambito di tutela*

<sup>30</sup> V. in fine paragrafo II.7, *Imposizione di comportamenti processuali e sanzioni per l'omotemperanza: la sproporzione ancora più grande, nel rapporto tra i primi e le seconde, ravvisabile nel caso Gambazzi*, del parere del Prof. De Cristofaro.

<sup>31</sup> Sul punto si veda in particolare l'ampia nota n. 28 nel paragrafo I.1, *La clausola dell'ordine pubblico nel sistema europeo di riconoscimento delle sentenze*, del parere del Prof. De Cristofaro.

<sup>32</sup> V. paragrafo II.8, *Questioni finali: ulteriori tinte d'ombra nel procedimento a quo; il presunto onere d'impugnazione*, del parere del Prof. De Cristofaro.



riconosciuto nell'ambito dell'Unione ai diritti fondamentali. In caso contrario, comunque, ove si ritenesse la questione troppo specifica (come ad es. è accaduto nel caso Eurofood), non resterà che ribadire l'importanza preminente del rispetto del diritto di difesa, rimettendo al giudice del rinvio il compito di "accertare se, nella causa principale, si sia verificata" una violazione dei diritti processuali fondamentali<sup>42</sup>.

### 5. La motivazione della Corte di Giustizia - C-394/07, *Marco Gambazzi contro Daimler Chrysler Canada Inc., CIBC Mellon Trust Company*

La sentenza della Corte di Giustizia venne pubblicata il 2 aprile 2009<sup>43</sup>. Questo il dispositivo della decisione:

*"L'art. 27, punto 1, della Convenzione 27 settembre 1968 (...) deve essere interpretato nel modo seguente: il giudice dello Stato richiesto può tener conto, alla luce della clausola dell'ordine pubblico prevista da tale articolo, del fatto che il giudice dello Stato di origine ha statuito sulle domande del ricorrente senza sentire il convenuto, che si era regolarmente costituito, ma che è stato escluso dal procedimento con un'ordinanza per non aver ottemperato ad obblighi imposti con un'ordinanza adottata precedentemente nell'ambito dello stesso procedimento, qualora, in esito ad una valutazione globale del procedimento e considerate tutte le circostanze, ritenga che tale provvedimento di esclusione abbia costituito una violazione manifesta e smisurata del diritto del convenuto al contraddittorio".*

In sintesi, il limite dell'ordine pubblico può essere fatto valere solo quando si rilevi una lesione grave e manifesta di una regola di diritto considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato di destinazione della decisione pronunciata in un altro Stato membro. Non è invece consentito al giudice richiesto del ricono-

<sup>42</sup> V. paragrafo III.9., *Intervento diretto alla Corte ed enucleazione di principi comuni: la Convenzione europea sui diritti dell'uomo e il ruolo della Corte di Giustizia*, del parere del Prof. De Cristofaro.

<sup>43</sup> Tra i primi commentatori ricordiamo D'ALESSANDRO, *Provvedimento inglese di esclusione dal processo e diniego di riconoscimento per contrarietà all'ordine pubblico processuale. La Corte di giustizia si pronuncia sul caso "Gambazzi"*, in *Il Foro italiano*, 2009, parte IV, Col. 384-387; CUNIBERTI, *Debarment from Defending, Default Judgments and Public Policy*, in *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2010, 148-153.

scimento di ritornare sulle valutazioni di merito effettuate nell'ordinamento d'origine, quindi sulle motivazioni della *High Court of Justice* di Londra, mentre è compito del giudice richiesto del riconoscimento, quindi della Corte d'Appello di Milano, verificare quali fossero gli strumenti giuridici a disposizione della parte soccombente, e se, nell'ambito di tali strumenti, ella abbia avuto la possibilità di essere sentita nel rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa. Inoltre, quest'ultimo giudice dovrà verificare se, in funzione dell'obbiettivo di un'efficace amministrazione della giustizia perseguito dall'ordinamento inglese, l'esclusione del soccombente non costituisca una violazione smisurata e manifesta del suo diritto al contraddittorio.

La motivazione della decisione della Corte di Lussemburgo si articola sullo stesso percorso logico-giuridico indicato dall'avvocato generale nelle sue conclusioni, depositate il 18 dicembre 2008: la nozione di decisione e di contumacia del convenuto nel provvedimento d'origine, la contrarietà all'ordine pubblico dello Stato richiesto quale causa di rifiuto del riconoscimento della decisione straniera ed i criteri interpretativi utilizzabili dal giudice del riconoscimento per valutare eventuali violazioni dei principi di ordine pubblico processuale, incluso il mancato accesso al fascicolo di parte per l'esercizio del diritto di ritenzione del fascicolo da parte del difensore.

Sulla qualificazione dei provvedimenti inglesi resi in contumacia, l'Avvocato generale, e poi la Corte, ritennero infondata l'obiezione che non fosse una decisione giurisdizionale in ragione del mancato rispetto del contraddittorio, e precisamente:

*"Le sentenze rese in contumacia sono, a tutti gli effetti, sentenze ai sensi dell'art. 25 della Convenzione, in quanto originate da procedimenti svolti nel rispetto del contraddittorio" (punto 23 delle conclusioni). (...) "La decisione controversa del giudice inglese è stata resa in contumacia all'interno di un procedimento civile svolto, sostanzialmente, nel rispetto del contraddittorio. (...) Il fatto che la fattispecie si configuri come un caso atipico di forzata contumacia, non ne determina una riqualificazione, in quanto non modifica la natura essenzialmente contraddittoria del procedimento" (punto 24 delle conclusioni).*

Parimenti infondato, secondo l'Avvocato generale, il rilievo che

"nel default judgment la sentenza sia emessa senza alcuna verifica giudiziale relativa alla concludenza della domanda" (punto 26 delle conclusioni).

"una sentenza resa in contumacia, che il giudice emani senza procedere ad un previo esame della fondatezza delle allegazioni dalla parte ricorrente, si caratterizza, invece, per il suo carattere decisionale. Il fatto che il tenore della decisione, in quanto conseguenza giuridica della contumacia, sia determinato dalle conclusioni della parte ricorrente non fa apparire la sentenza in contumacia come una mera trascrizione della volontà di una parte" (punto 27 delle conclusioni).

La sentenza, coerentemente con queste argomentazioni, affermò:

"È vero che la Corte ha rilevato che l'insieme delle disposizioni della Convenzione di Bruxelles, tanto quelle del titolo II, relative alla competenza, quanto quelle del titolo III, sul riconoscimento e sull'esecuzione, esprimono l'intenzione di aver cura che, nell'ambito degli obiettivi della Convenzione stessa, i procedimenti che portano all'adozione di decisioni giurisdizionali si svolgano nel rispetto dei diritti della difesa. Tuttavia, essa ha ritenuto sufficiente, affinché decisioni siffatte rientrino nell'ambito di applicazione di detta Convenzione, che si tratti di decisioni giurisdizionali che, prima del momento in cui il loro riconoscimento e la loro esecuzione vengano richiesti in uno Stato diverso da quello di origine, sono state oggetto, o avrebbero potuto essere oggetto, in detto Stato di origine, secondo modalità diverse, di un'istruzione in contraddittorio (paragrafo 23). In tal senso, per esempio, le sentenze pronunciate in contumacia rientrano nell'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles, come risulta dal suo art. 27, punto 2, che contempla espressamente il caso del convenuto contumace" (paragrafo 24).

Quanto alla determinazione dei limiti in cui debba essere orientata la valutazione dell'eventuale contrarietà all'ordine pubblico dello Stato richiesto quale causa di rifiuto del riconoscimento della decisione pronunciata in un altro Stato membro, l'indagine dell'Avvocato generale aveva anticipato che la previsione della Convenzione di Bruxelles dovesse essere interpretata restrittivamente, in funzione del suo effetto di limitazione all'obbiettivo atteso dalla cooperazione giudiziaria europea in materia civile: la libera circolazione delle sentenze e della realizzazione di procedimenti semplici e rapidi per il riconoscimento dei giudicati nello spazio giudiziario europeo. Alla luce dello scopo cui sono dirette le norme europee, spetta alla Corte di Giustizia il controllo dei limiti entro i quali si deve muovere la

valutazione del giudice di uno Stato europeo quando è richiesto di riconoscere la decisione emanata da un giudice di un altro Stato membro dell'Unione europea.

"Un primo limite viene definito dagli artt. 29 e 34, terzo comma, della Convenzione, i quali ostano a che il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione straniera siano negati per il solo motivo che esista una divergenza tra la norma giuridica applicata dal giudice dello Stato d'origine e quella che avrebbe applicato il giudice dello Stato richiesto se gli fosse stata sottoposta la controversia. Allo stesso modo, il giudice dello Stato richiesto non può controllare l'esattezza delle valutazioni di diritto o di fatto operate dal giudice dello Stato d'origine" (punto 35 delle conclusioni).

Inoltre, il diniego del riconoscimento potrebbe essere giustificato solo dalla

"violazione manifesta di una regola di diritto considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato richiesto o di un diritto riconosciuto come fondamentale nello stesso ordinamento giuridico" (punto 37 delle conclusioni). "Il diritto a un equo processo, sancito dall'art. 6, n. 1, prima frase, CEDU e ribadito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, costituisce un diritto fondamentale che è parte integrante dei principi generali di diritto comunitario" (punto 41 delle conclusioni)<sup>45</sup>.

Quindi l'argomentazione si orienta sull'individuazione delle differenze tra il caso in esame ed il precedente caso *Krombach* quando era stato chiesto il riconoscimento in Germania di una decisione in cui il giudice francese aveva negato alla parte convenuta, che non aveva ottemperato all'ordine di comparizione personale – condotta che avrebbe comportato per il convenuto la possibilità di essere arrestato – il diritto di avere un difensore nel procedimento civile di risarcimento del danno, procedimento instauratosi nel contesto dello stesso giudizio penale<sup>46</sup>:

"Gli elementi di fatto e di diritto emersi nella causa *Krombach* erano chiari e non equivoci. La parte convenuta non è stata mai sentita, non aveva mai avuto la possibilità di difendersi e non disponeva di alcun rimedio giurisdizionale" (punto 46 delle conclusioni).

<sup>45</sup> Sull'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali che tutela il diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, v. *supra* nota 11.

<sup>46</sup> Corte di giustizia, sentenza del 28 marzo 2000, C-7/98, *Krombach*, *Raccolta*, I-1935, in particolare punti 30-37. V. *supra* nota n. 7.

Invece, nel procedimento inglese svoltosi nei confronti del sig. Gambazzi

*"Il convenuto è stato ripetutamente ascoltato durante i vari stadi del procedimento e, a quanto risulta, diversi erano i mezzi di impugnazione cui poteva ricorrere. Inoltre, i vari provvedimenti cautelari (freezing order, disclosure order, unless order) risultano essere indissolubilmente collegati al procedimento principale e, pertanto, alla sentenza resa in contumacia (default judgment). La loro funzione consiste essenzialmente nel garantire l'esecuzione della sentenza per l'ipotesi in cui la parte ricorrente dovesse risultare vittoriosa. Sarebbe pertanto riduttivo considerare isolatamente la sentenza resa in contumacia, senza includere nell'esame dell'ordine pubblico le precedenti fasi del procedimento"* (punto 47 delle conclusioni).

Quanto al diritto fondamentale all'equo processo, anche alla luce della giurisprudenza *Eurofood*<sup>47</sup>, l'avv. Gen. Kokott aveva già rilevato che

*"Non tutte le restrizioni del diritto ad essere sentiti devono essere tuttavia inevitabilmente qualificate come violazione del diritto fondamentale ad un equo processo. Come rilevato dalla Corte in un altro contesto, i diritti della difesa possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti"* (punto 60 delle conclusioni)

<sup>47</sup> Sentenza 2 maggio 2006, causa C-341/04, *Eurofood IFSC*, in *Racc.* I-3813. Il caso è relativo all'interpretazione delle norme sul riconoscimento ed esecuzione delle decisioni straniere disciplinate dal Regolamento n. 1346/2000 sulle procedure d'insolvenza (in G.U.U.E. 30.6.2000, L. 160/1) che presenta norme sul riconoscimento dei giudicati stranieri simili a quelle stabilite nella Convenzione di Bruxelles del 1968. In particolare la Corte ha affermato che il diritto ad un processo equo sia un diritto fondamentale che fa parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e alle indicazioni fornite dalla CEDU (punto 65), quindi ha ritenuto che uno Stato membro possa rifiutare di riconoscere una procedura di insolvenza aperta in un altro Stato membro qualora la decisione di apertura sia stata assunta in manifesta violazione del diritto fondamentale di essere sentito di cui gode un soggetto interessato da una tale procedura (punto 67). Inoltre, la Corte ha ritenuto che il diritto ad ottenere la comunicazione degli atti del procedimento, espressione del più generale diritto di essere sentiti, pur potendo essere modulato in funzione dell'urgenza della decisione, in caso di restrizione richiede una adeguata giustificazione ed un corredo di garanzie procedurali che assicurino ai soggetti interessati dalla procedura d'insolvenza l'effettiva possibilità di contestare i provvedimenti adottati in via di urgenza (punto 66).

Non solo

*"la restrizione del diritto fondamentale ad un equo processo può essere motivata da un serio interesse a che siano garantiti il funzionamento dell'amministrazione della giustizia pubblica e una giustizia effettiva"* (punto 62 delle conclusioni).

Inoltre

*"il mero fatto che la sanzione applicata dal giudice dello Stato di origine non sia prevista con questa forma specifica dal diritto processuale nazionale non implichi, di per sé, che si possa parlare di violazione dell'ordine pubblico"* (punto 64 delle conclusioni).

L'avvocato generale aveva quindi offerto una serie di indicazioni che, ove fossero state accolte dalla Corte di Giustizia, avrebbero potuto orientare il giudice richiesto del riconoscimento della sentenza straniera nell'individuazione/non individuazione di una violazione dell'ordine pubblico processuale del foro:

*"Prima di tutto occorre considerare il tenore e la natura degli ordini giudiziari il cui mancato adempimento è stato sanzionato con l'esclusione dal processo nel caso di specie. Che cosa si richiedeva al convenuto con gli ordini giudiziari? Esistevano misure per tener conto di tutti gli impedimenti di fatto e di diritto all'adempimento di detti ordini? Il sig. Gambazzi sostiene, infatti, di non aver ottemperato ai disclosure order soprattutto perché, così facendo, avrebbe violato il segreto professionale cui era tenuto in quanto avvocato e si sarebbe reso perseguibile penalmente. La giustificazione da lui adottata per non esibire la documentazione richiesta non è stata, tuttavia, ritenuta fondata dal giudice inglese. Per contro, il governo del Regno Unito osserva che il giudice inglese ha esaminato a fondo i motivi di giustificazione dal sig. Gambazzi e che ha escluso dall'obbligo di esibizione quei documenti che comporterebbero per quest'ultimo l'autoincriminazione in merito alla commissione di determinati reati"* (punto 68 delle conclusioni) *"Inoltre, occorre considerare nello specifico il contenuto e la natura dell'esclusione dal processo (debarment), nonché della sentenza resa in contumacia. In sede di esclusione si è tenuto conto dell'eventuale natura colposa dell'inosservanza degli ordini giudiziari? Non è stato preso in considerazione alcun mezzo di difesa avverso la pretesa avanzata nella causa principale o in una precedente fase del procedimento al convenuto è stato consentito di presentare allegazioni sulla controversia principale o si è tenuto conto di tali allegazioni anche successivamente? È stato concesso alla parte convenuta di esprimersi perlomeno in merito all'entità della pretesa? È stata eseguita una valutazione in ordine alla conclusione della domanda prima che*

*fosse emessa la sentenza in contumacia ovvero quanto meno in una fase precedente del procedimento (prima che fosse emesso il freezing order)? È stata prospettata al convenuto l'eventualità di una sanzione?" (punto 70 delle conclusioni).*

Sulla base delle osservazioni dall'avvocato generale, la Corte di Giustizia iniziò con il precisare che la nozione di ordine pubblico non potesse essere enucleata in maniera unitaria per tutti gli Stati che aderiscono alla Convenzione di Bruxelles del 1968, poiché essa doveva adattarsi ai principi caratterizzanti i singoli ordinamenti. Il compito della Corte di giustizia, pertanto, non è previsto andare oltre la verifica dei

*"limiti entro i quali il giudice di uno Stato contraente può ricorrere a tale nozione per non riconoscere una decisione emanata da un giudice di un altro Stato contraente" (paragrafo 26).*

Rispetto al provvedimento di *debarment* che colpì il Gambazzi, la Corte affermò potersi parlare di contrasto con l'ordine pubblico processuale italiano in quanto tale misura risulti manifestamente sproporzionata rispetto allo scopo di assicurare l'efficace svolgimento del procedimento al fine di una corretta amministrazione della giustizia<sup>48</sup>. Una valutazione di proporzionalità che dovrebbe tenere conto, da un lato, della gravità della condotta processuale della parte e, dall'altro, dell'adeguatezza della misura adottata a garantire il buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia, e che non potrebbe che concretizzarsi in un giudizio complessivo sul procedimento svoltosi all'estero<sup>49</sup>.

Qualora un eventuale contrasto con l'ordine pubblico processuale del foro potesse essere stabilito sulla scorta di un superficiale accostamento tra norme processuali di Stati diversi, perché le apparenti aporie del procedimento straniero rispetto ai canoni del processo nazionale potrebbero rivelarsi, ad un esame globale della fattispecie, come moduli irragionevoli ed ingiustificabili di articolazione del giudizio, la Corte indica quali elementi interpretati-

<sup>48</sup> V. paragrafi 29 della sentenza.

<sup>49</sup> V. paragrafi 30 e 32 della sentenza. È interessante notare che il Governo italiano, intervenuto nel procedimento avanti la Corte di Giustizia, sottolineò come procedimenti dilati nel tempo possano risultare in conflitto con il diritto alla giustizia e la stessa sentenza, al paragrafo 31, diede atto della serietà del rilievo.

vi dovrebbero essere seguiti nella verifica del giudice richiesto del riconoscimento.

*"Per quanto concerne, anzitutto, il 'disclosure order', spetta al giudice del rinvio esaminare se, e in che misura, il sig. Gambazzi abbia avuto la possibilità di essere sentito in una fase precedente alla sua emissione in merito al suo oggetto e alla sua portata. Al giudice spetta altresì accertare quali fossero i mezzi di impugnazione di cui il sig. Gambazzi disponeva, dopo l'emissione di questo 'disclosure order', al fine di chiederne la modifica o la revoca. In tale contesto, è necessario stabilire se l'interessato abbia avuto la possibilità di dedurre tutti gli elementi di fatto e di diritto che, a suo parere, erano tali da suffragare la propria domanda, e se tali elementi abbiano formato oggetto di un esame nel merito nel pieno rispetto del principio del contraddittorio, ovvero se, al contrario, egli fosse legittimato soltanto a sollevare questioni limitate" (paragrafo 42).*

*"Per quanto riguarda l'inottemperanza da parte del sig. Gambazzi al 'disclosure order', spetta al giudice del rinvio verificare se le ragioni dedotte dal sig. Gambazzi - in particolare il fatto che la divulgazione delle informazioni richieste l'avrebbe indotto a violare il segreto professionale cui è tenuto in quanto avvocato e, dunque, a commettere un atto perseguibile penalmente - abbiano potuto essere evocate nell'ambito di un procedimento giurisdizionale in contraddittorio" (paragrafo 43).*

*"Quanto, poi, alla pronuncia dell' 'unless order', il giudice del rinvio deve esaminare se il sig. Gambazzi disponesse di garanzie procedurali tali da assicurargli un'effettiva possibilità di contestare il provvedimento adottato" (paragrafo 44).*

*"Infine, riguardo alle decisioni della High Court, con le quali quest'ultima ha statuito sulle domande dei ricorrenti come se il convenuto fosse stato contumace, spetta al giudice del rinvio verificare se la fondatezza di queste domande sia stata, in tale fase o in una fase precedente, oggetto di esame e se il sig. Gambazzi, in tale fase o in una fase precedente, abbia avuto la possibilità di esprimersi in materia e abbia avuto a disposizione un mezzo di impugnazione" (paragrafo 45).*

In relazione alle precedenti decisioni del Tribunale federale svizzero (v. *supra* sez II, cap. 1) la Corte rilevò di non essere soggetta nel quadro della Convenzione di Lugano al vincolo del precedente ma confermò l'opportunità di tenere debitamente conto dei principi contenuti nella sentenza svizzera<sup>50</sup>, sollecitando il giudice del rinvio a fare altrettanto e precisando che

<sup>50</sup> Infatti in applicazione del protocollo n. 2, relativo all'interpretazione uniforme

*"Il Tribunale federale ha dichiarato che l'esclusione del sig. Gambazzi dal procedimento dinanzi alla High Court non era contraria all'ordine pubblico svizzero, ma ha ritenuto che altre circostanze, cui il giudice del rinvio non ha fatto riferimento nell'ambito del presente procedimento, giustificassero, tuttavia, l'applicazione della clausola relativa all'ordine pubblico" (paragrafo 35).*

Solo nelle conclusioni dell'Avvocato generale venne data più ampia evidenza al problema del diniego di accesso al fascicolo di parte a causa del diritto di ritenzione del precedente difensore, situazione che era stata ritenuta rilevante dal giudice svizzero per negare il riconoscimento nel foro delle decisioni inglesi per violazione del diritto di difesa del convenuto (v. *supra* sez. II, cap. 1).

*"Il giudice del rinvio potrà negare il riconoscimento se vi rinviene una violazione di una norma di diritto considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato richiesto o di un diritto riconosciuto come fondamentale nello stesso ordinamento giuridico. Il rifiuto di riconoscere una sentenza estera sarà pertanto conforme con i termini dell'art. 27, punto 1, della Convenzione di Bruxelles se il diniego del diritto di ispezione degli atti processuali costituisce una violazione manifesta del diritto ad un equo processo" (punto 76 delle conclusioni).*

Sebbene l'osservazione dell'Avvocato generale non avesse avuto preciso riscontro nelle indicazioni ricevute dal giudice italiano e nel procedimento pregiudiziale alla Corte di giustizia non sia consentito alle parti sottoporre questioni che non siano state sollevate dal giudice del rinvio, tutto ciò non parrebbe avere l'effetto di limitare il margine di apprezzamento del giudice nazionale in merito alla violazione dell'ordine pubblico processuale del foro in relazione al mancato accesso al fascicolo di parte a seguito del diritto di ritenzione del precedente difensore.

La Convenzione di Lugano è stato istituito un sistema di scambio di informazioni per quanto riguarda le decisioni giurisdizionali emesse in applicazione alla Convenzione e gli Stati membri dell'Unione europea così come gli Stati non membri della stessa hanno sottoscritto dichiarazioni per assicurare un'interpretazione quanto più possibile uniforme di tale Convenzione e delle disposizioni equivalenti a quelle di quest'ultima nella Convenzione di Bruxelles. In particolare, i rappresentanti dei governi hanno «dichiarato di considerare appropriato che la Corte di giustizia delle Comunità europee nell'interpretare la Convenzione di Bruxelles tenga debitamente conto dei principi contenuti nella giurisprudenza risultante dalla Convenzione di Lugano». Analogo accordo è stato preso in occasione della successiva Convenzione di Lugano del 2007.

Sulla base dei criteri interpretativi rilevati dalla Corte di giustizia il giudice del rinvio, cioè la Corte d'Appello di Milano, fu chiamata a valutare la proporzionalità della sanzione comminata nell'ordinamento d'origine in funzione dell'obiettivo di un'efficace amministrazione della giustizia rispetto all'eventuale manifesta contrarietà all'ordine pubblico internazionale dell'ordinamento richiesto del riconoscimento.

**CAPITOLO III**  
**LA RICHIESTA DI ESECUTIVITÀ DEL JUDGMENT**  
**WITHOUT TRIAL AFTER STRIKING OUT IN ITALIA.**  
**LE DECISIONI DELLA CORTE D'APPELLO**  
**E DELLA CORTE DI CASSAZIONE**  
**SULL'OPPOSIZIONE DI GAMBAZZI**

di Elena Benigni

**SOMMARIO:** 1. La verifica dei parametri indicati dalla Corte di giustizia ad opera della Corte d'appello. - 2. Le contestazioni di Gambazzi contro la sentenza della Corte d'appello, le difese delle società canadesi e il punto di vista della suprema Corte. - 2.1. L'ambito delle verifiche incombenti sul giudice nazionale. - 2.2. L'applicazione del concetto giuridico di "proporzionalità". - 2.3. Il diritto di ritenzione dell'avvocato a garanzia del pagamento del proprio compenso e il diritto di avere pieno accesso ai documenti di causa. - 2.4. L'esame della fondatezza della domanda oggetto del *judgment without trial after striking out*. - 2.5. (Segue) La possibilità di riesame nel merito in sede d'impugnazione. - 2.6. Il difetto di motivazione della sentenza.

**1. La verifica dei parametri indicati dalla Corte di giustizia ad opera della Corte d'appello**

Pronunciatasi la Corte di giustizia<sup>1</sup>, indicando esattamente i parametri che dovevano essere valutati dai giudici italiani in sede di riconoscimento, spettava al giudice milanese<sup>2</sup> stabilire se la compressione del diritto di difesa e al contraddittorio, che si sarebbe realizzata - secondo Gambazzi - nel procedimento inglese che ha portato all'emanazione dei provvedimenti di cui si chiedeva il diniego di riconoscimento in virtù della sussistenza della clausola ostativa della violazione dell'ordine pubblico processuale italiano, fosse stata proporzionata all'obiettivo d'interesse gene-

<sup>1</sup> Corte di giustizia sentenza del 2 aprile 2009, C-394/2007, su cui v. *supra*, in questa sezione cap. II par. 7.

<sup>2</sup> App. Milano, sez. I, 14 dicembre 2010, in *Int'l Lit.*, 2011, 146, con nota di D'ALESSANDRO, *La Corte d'appello di Milano reputa il default judgment emanato nel caso Gambazzi compatibile con l'ordine pubblico processuale italiano con i pareri di BREGS e ANDREWS*; in *Nova giur. civ. comm.*, 2011, 576, con nota di WINKLER, *Circolazione delle decisioni contumaciali e ordine pubblico processuale nello spazio giudiziario europeo: un nuovo tassello della vicenda Gambazzi - Stolzenberg*.

rale "dell'efficace svolgimento del procedimento al fine di una corretta amministrazione della giustizia".

A tal fine la Corte di giustizia indicò le verifiche che dovevano essere condotte dal giudice *ad quem*: si chiedeva alla corte milanese di accertare, in primo luogo, se nel procedimento cautelare svoltosi in Inghilterra - in cui furono pronunciati sia il *disclosure* che il *freezing order* -, fossero stati garantiti pienamente sia il diritto di difesa che il diritto al contraddittorio del Gambazzi e se, in ogni caso, quest'ultimo avesse avuto la facoltà di reclamare, innanzi all'autorità inglese, i richiamati provvedimenti.

Il vaggio giudiziale pervenne ad un esito positivo: si accertò che Gambazzi aveva avuto modo di difendersi e di contraddire sulle istanze cautelari e di impugnarle:

*"L'odierno ricorrente ha (...) partecipato attivamente alle fasi precedenti alla emissione del disclosure order, ed anche successivamente, con l'assistenza degli avvocati inglesi dai quali ha inteso farsi rappresentare e difendere; utilizzando i mezzi previsti dalla legge inglese, ha impugnato i vari provvedimenti, anche quelli relativi alle Mareva injunctions, in tal modo entrando nel merito delle domande di controparte; ha avuto la possibilità di dedurre gli elementi di fatto e di diritto che potevano suffragare la propria domanda, nel pieno rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa; ha visto le proprie ragioni (in particolare il fatto che la divulgazione delle informazioni richieste l'avrebbe indotto a violare il segreto professionale cui è tenuto in quanto avvocato e quindi a commettere un atto penalmente perseguibile) esaminate ed anche prese in considerazione come limite all'ordine del giudice di dare informazioni e depositato documenti (...)".*

Segnatamente, in riferimento alle difese c.d. di merito allegate dal Gambazzi a fondamento del rifiuto di adempiere totalmente all'ordine cautelare di *disclosure* ed integrate dal preteso divieto, su di lui incombente in quanto avvocato soggetto alla legge svizzera, di divulgare informazioni confidenziali e dalla eccepita novità di parte delle richieste attoree estranee all'originario ordine di *disclosure*<sup>3</sup>,

<sup>3</sup> Come si legge nel verbale dell'udienza del 10 luglio 1998 innanzi a Mr. Justice Rafter: secondo Gambazzi "Much of what the Plaintiffs are now asking for I would contend is either outside the ambit of the original Orders, unnecessary, or would involve me in a breach of Swiss confidentiality law or breach my professional code in that regard. In that respect I rely upon the affidavit of Mr. Berro [I should say Mr. Berro is

il giudice milanese fu persuaso della correttezza dell'opinione già espressa dal giudice inglese:

*"la decisione di non difendersi nel merito, e quindi di non dare attuazione alle ordinanze prelatorie, era stata presa consapevolmente e rappresentava non già l'esercizio di un diritto sacrosanto di 'non autoincriminarsi e di tacere'<sup>4</sup> e di non violare il segreto professionale – e quindi una scelta obbligata – bensì una scelta consapevole all'unico scopo di dare seguito alla strategia processuale assunta e sul cui risultato positivo vi era quasi una certezza e di evitare che le difese nel merito potessero essere interpretate come accettazione della giurisdizione"*.

In relazione poi alla connessa, ma distinta argomentazione compiuta dal Gambazzi, secondo cui il giudice inglese ben avrebbe potuto, nel garantire la buona amministrazione della giustizia e al contempo il diritto del Gambazzi a non autoincriminarsi, ottenere la documentazione ritenuta essenziale al fine della prosecuzione del processo mediante una rogatoria internazionale ai sensi della Convenzione dell'Aja del 18 marzo 1970 sull'assunzione delle prove all'estero in materia civile e commerciale<sup>5</sup> che avrebbe potuto consentire l'accesso ai documenti sequestrati dalla procura svizzera, la corte milanese rilevò che:

*"(...) certamente non rientra nei poteri di questa corte la valutazione circa le scelte procedurali del Giudice adito e quindi nello specifico il sindacato sulla mancata adozione di altri mezzi istruttori (quali la rogatoria internazionale) per ottenere la documentazione richiesta"*<sup>6</sup>.

*another Swiss lawyer, a partner of Mr Gambazzi) who explains the relevant rule which apply to me. To breach these rules would completely ruin my business, render me liable to criminal and professional sanctions and cause damage, not only to me but to my practice and my partner. I contend that it would be both inequitable and oppressive to require me to do this particularly given that I am still challenging the jurisdiction of the English courts and none of the events complained of have anything to do with England".* Sul punto v. supra sezione I, cap. II, par. 2.

<sup>4</sup> Tale diritto non è riconosciuto esistente dalla Corte milanese la quale richiama, a giustificare l'opinione negativa, la sentenza del 9 novembre 2004 del Tribunale federale svizzero dalla quale si evincerebbe che *"nulla impedito veramente all'opponente di dare esecuzione alle ingiunzioni delle Corti inglesi; certamente non l'esposizione a sanzioni penali a tutela del segreto professionale secondo il codice svizzero ove avesse rilasciato le richieste informazioni"*; sul punto si rinvia supra alla sezione II, cap. I, par. 4.2.

<sup>5</sup> Ratificata dall'Italia con L. 24 ottobre 1980 n. 4745, in G.U. n. 310 suppl. del 12 novembre 1980. La Convenzione è stata approvata dall'Assemblea federale svizzera il 9 giugno 1994 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1995.

<sup>6</sup> D'ALESSANDRO, *La Corte d'appello di Milano*, cit., 149, che sottolinea, tra l'altro,

Il Gambazzi, poi, aveva allegato la violazione del suo diritto al contraddittorio per non aver avuto pieno accesso ai documenti di causa a seguito del diritto di ritenzione esercitato dall'Avv. Butler successivamente alla revoca del suo mandato e alla contestazione sull'ammontare del suo onorario.

La questione è stata giudicata irrilevante ai fini della decisione della causa dalla Corte milanese sul rilievo che il diritto di ritenzione è istituito conosciuto anche dal nostro ordinamento: se è indubbio che il trattenimento dei documenti della parte ad opera dell'avvocato, quale strumento di pressione esercitato sul cliente onde costringerlo al pagamento degli onorari deve essere considerato riprovevole<sup>7</sup>, esso è ritenuto ammissibile almeno per il periodo strettamente necessario alla tutela dei propri diritti secondo le leggi professionali (art. 2235 c.c.), ossia per il solo tempo indispensabile ad estrarne le copie per la liquidazione degli onorari<sup>8</sup>.

*che «sarebbe stato opportuno chiedersi se, in presenza di altro mezzo processuale con cui ottenere il risultato conseguibile mediante il disclosure order (...), nel bilanciamento di interessi tra l'efficienza della giustizia inglese, con conseguenziale necessità dell'acquisizione dei documenti al processo, ed il rispetto del diritto di difesa del convenuto, dovesse essere veramente quest'ultimo ad essere considerato cedente».*

<sup>7</sup> Cass., sez. III, 17 novembre 2011, n. 24080.

<sup>8</sup> In questi termini si espresse la Corte d'appello richiamando l'art. 66 R.D.L. 23 novembre 1933, n. 1578, che enuncia il principio secondo cui gli avvocati non possono trattenere gli atti della causa e le scritture ricevute dai clienti per il mancato pagamento degli onorari e dei diritti loro dovuti o per il mancato rimborso delle spese da essi anticipate. La decisione del giudice milanese è stata probabilmente condizionata anche dalla circostanza che nel nostro ordinamento, indipendentemente dalla sussistenza del diritto di ritenzione, il diritto di difesa nel processo è tutelato da norme processuali garantiste del diritto ad avere pieno accesso agli atti di causa: alle parti del processo è sempre riconosciuta la facoltà di visionare ed estrarre copia di tutti gli atti e i documenti giudiziali, siano essi di controparte ovvero della parte di cui si è assunta la difesa – si pensi, come nel caso di specie, alla successione nella difesa in precedenza affidata ad altri avvocati – mediante un semplice accesso in cancelleria muniti di procura alle liti. Ove tale diritto non sia garantito, come talvolta accaduto nella recente e nuova esperienza del processo civile telematico, il giudice del merito è arrivato addirittura a sanzionare con la nullità l'intero procedimento: così Trib. Milano, sez. I, 8 febbraio 2013 che – con decisione non condivisibile ove sanziona la parte per un difetto imputabile *expressis verbis* al sistema informatico e in quanto tale non nella disponibilità delle parti – ha sancito il principio secondo cui il diritto di difesa e al contraddittorio sono strettamente connessi con il diritto ad avere la piena disponibilità del materiale di causa: *"la parte non ancora costituita ed il suo difensore devono poter essere posti nella condizione di avere un'adeguata conoscenza dei documenti prodotti dalla controparte, al fine di decidere se costituirsi a propria volta in*

La decisione della Corte d'appello ha, in sostanza, avvallato l'approccio indifferente del giudice inglese ritenendo che la difesa di Gambazzi avesse recuperato gran parte della documentazione «ed è stata quindi in grado di difendersi e come risulta dalle numerose lettere scambiate dai legali delle parti e come, ancora, si evince dalla mancata successiva riproposizione della questione dinanzi alle corti inglesi»<sup>9</sup>.

L'indifferenza del giudice inglese è ben illustrata dalle affermazioni riportate nel verbale dell'udienza del 29 ottobre 1997 in risposta all'istanza svolta dall'avvocato di Gambazzi – Mr. Salter – di poter copiare “*any papers from the Court file*” denunciando ampie lacune nella documentazione di causa in suo possesso:

*“Mr Salter, this is your problem. Any papers lodged with the court are regarded as being the property of the court and the invariable practice (...) is that the court does not release papers in a case where the release might in any way undermine a lien which is properly being exercised by a firm of solicitors (...) If the date – of the appeal – falls before a time when you have been able to get hold of the papers, that would be bad luck”.*

*Bad luck* che si realizzò prontamente in base a quanto dichiarato nell'affidavit del 24 luglio 1998 da Howard Colman – uno dei nuovi difensori di Gambazzi – che, all'udienza del 6 maggio 1998,

*giudizio (oppure no) ed al fine di decidere come approvare le proprie difese, intese anche come corredo documentale di risposta. Nel caso d'iscrizione della causa a ruolo per via telematica, dunque, la cancelleria deve poter provvedere non solo alla formazione del fascicolo informatico, ma deve anche poter avere lo strumento per renderlo consultabile per via telematica, e ciò anche nel caso in cui il difensore della parte non sia ancora costituito. Tale difetto, nella specie, determina una patente violazione del principio del contraddittorio, addebitabile ad un vizio del sistema informatico. Va quindi dichiarata la nullità della costituzione in giudizio del ricorrente (i documenti – e quindi il fascicolo di parte – sono connessi a questa attività processuale: art. 165 c.p.c.) e di ogni altro successivo atto del presente procedimento”.*

<sup>9</sup> Tale affermazione pare, tuttavia, essere smentita dai verbali del processo inglese nonché dalle comunicazioni intercorse tra le parti prodotti nel processo italiano: nel fax trasmesso in data 11 marzo 1998 in risposta alla comunicazione del 2 marzo 1998 con cui le società canadesi lamentano il mancato integrale adempimento dell'ordine di disclosure del 26 febbraio 1997 si legge: *“We appreciate that in the past you have taken the line that you would not assist our clients in providing documentation which had been in the possession of his previous advisers, but we would make it clear that without your co-operation in this regard, even if our clients were minded to do so, they clearly will not be able to answer what are to us at this stage meaningless requests”.*

in cui si discuteva l'appello sulla questione della sussistenza della giurisdizione inglese, presenziava senza avere

*«neppure copia dell'atto di citazione dell'appello sulle quali l'appello dei miei clienti si sarebbe dovuto basare o di altri documenti simili che normalmente formano parte di un fascicolo d'ufficio e che devono certamente essere accessibili alle parti».*

Ugualmente nella fase decisiva del processo cautelare, che aprì la via all'*unless order*, il Gambazzi ancora eccepeva di non aver avuto accesso integrale ai documenti di causa. Le sue allegazioni non venivano peraltro ritenute rilevanti dal giudice inglese per aver scelto il Gambazzi di non seguire il suggerimento di depositare una somma a garanzia dell'onorario dell'Avv. Butler<sup>10</sup>: opinione condivisa anche dalla Corte d'appello che sostanzialmente imputò al Gambazzi di aver tenuto un comportamento scorretto con l'effetto di essere stato giustamente sanzionato.

La Corte di giustizia, poi, indicò alla Corte milanese di verificare se avesse avuto luogo un esame nel merito delle domande risarcitorie; chiese infatti di ponderare:

*“Se la fondatezza delle domande sulle quali la High Court si è pronunciata come se il Gambazzi fosse contumace sia stata in questa fase o in una precedente oggetto di esame e se il Gambazzi, in questa fase o in una precedente, abbia avuto la possibilità di esprimersi in materia e abbia avuto a disposizione un mezzo di impugnazione; naturalmente senza entrare nel merito, già oggetto di valutazione della High Court, ma solo individuando gli strumenti a disposizione del Gambazzi e a verificare se quest'ultimo, nell'ambito di detti strumenti, abbia fruito della possibilità di essere sentito, nel rispetto del contraddittorio e nel pieno esercizio del diritto di difesa”.*

La difesa delle società canadesi argomentò, sulla base delle sommarie valutazioni sul merito cautelare sopra richiamate, che Gambazzi:

<sup>10</sup> La particolare “sensibilità” dei giudici inglesi nei confronti del legittimo diritto del difensore a percepire il proprio onorario è presumibilmente da attribuire alla circostanza che i magistrati inglesi provengono dalla classe forense: su quest'ultimo punto si v. Cusovola, *Il processo civile alla High Court di Londra, un inasprito tra Medioevo e globalizzazione economica*, in *Due iceberg a confronto: le derive di common law e di civil law. Atti del XX seminario*, Milano, 2009, 61 ss.



*"ha affrontato il merito della controversia, rendendo, anche alcuni affidavit. Inoltre, nel proprio tredicesimo affidavit depositato all'udienza del 9 e 10 luglio 1998 (...) l'Avv. Gambazzi ha affrontato il merito della vicenda Castor, respingendo in particolare, le accuse di frode e cospirazione"*<sup>11</sup>.

Di contrario avviso la difesa di Gambazzi che contestò – si ritiene correttamente – che la domanda risarcitoria fosse stata oggetto di esame da parte dei giudici inglesi.

La questione non è invero stata esaminata dalla Corte d'appello che ha ommesso di svolgere le verifiche indicate dalla Corte di giustizia<sup>12</sup>.

Quanto all'*unless order* e alle indicazioni della Corte di giustizia di verificare se *"il Gambazzi disponeva di garanzie procedurali tali da assicurargli una effettiva possibilità di contestare il provvedimento adottato"* la Corte d'appello ritenne che:

*"Il provvedimento adottato dalla Corte britannica, pur nella sua oggettiva gravità, è stato adottato nel rispetto del diritto di difesa e del contraddittorio al fine di consentire il raggiungimento dello scopo, ossia la corretta amministrazione della giustizia.*

*Il comportamento reiteratamente inadempiente della parte, non suffragato da ragioni superiori quali la necessità di rispettare il segreto professionale e di non rischiare violazioni di valenza anche penale ma dettato da scelte processuali libere, ha portato, nella piena consapevolezza delle possibili conseguenze secondo la legge inglese, alla sua esclusione dal processo.*

*Esiste quindi, a parere della Corte, quella necessaria proporzione fra l'inadempimento e la sanzione applicata, senza che ciò sia avvenuto in violazione dei diritti fondamentali (...)"*

Secondo la Corte d'appello milanese al Gambazzi è poi stato riconosciuto il potere d'impugnare il provvedimento

*"solo dopo la verifica dell'inosservanza reiterata all'*unless order* (...), svolta nel contraddittorio delle parti, il Gambazzi – che sicuramente disponeva, ed ha disposto, di garanzie procedurali tali da assicurargli una effettiva possibilità di contestare il provvedimento adottato – è stato escluso dal procedimento"*.

<sup>11</sup> In questi termini nel controricorso.

<sup>12</sup> Per l'esame del punto involgente il mancato esame della fondatezza della domanda risarcitoria si v. *infra* nel par. successivo.

L'analisi sin qui svolta ha consentito alla Corte d'appello di affermare la sussistenza di quella proporzionalità fra violazione del diritto di difesa e corretta ed efficiente amministrazione della giustizia che ha permesso il riconoscimento su suolo italiano dei provvedimenti inglesi. Si legge nella decisione dei giudici milanesi:

*"L'esame dello svolgersi dei numerosi procedimenti innanzi alle Corti inglesi, dei provvedimenti emessi e del comportamento processuale di Gambazzi quali emergono dalla copiosa documentazione depositata – e quindi sulla base di una valutazione globale del procedimenti e considerate tutte le circostanze, come richiesto dalla Corte di giustizia – non porta a considerare il provvedimento di 'esclusione' dal procedimento deciso dai giudici inglesi una violazione manifesta e misurata del diritto del convenuto al contraddittorio. (...)"*

La Corte d'appello di Milano contesta segnatamente al Gambazzi di non aver dato prova

*"di aver fatto tutto quanto era in suo potere per dare seguito a tale ordine – adoperandosi per ottenere di essere liberato dal segreto professionale – né di avere comunicato e dimostrato questa circostanza alla Corte britannica, la quale non ne avrebbe tenuto conto"; anzi in contrasto con quanto risulta dalle decisioni inglesi ove si legge chiaramente che le asserzioni in punto dell'odierno opponente erano generiche e in contrasto con le perizie sulla legge svizzera e comunque gli ordini di divulgazione erano limitati alle informazioni e ai documenti non rientranti fra quelli rispetto ai quali il Gambazzi sollevava la questione relativa al segreto professionale. Ciò è quanto osserva la sentenza 9.11.2004 del Tribunale federale svizzero ove si legge chiaramente che nulla impediva veramente all'opponente di dare esecuzione alle ingiunzioni delle Corti inglesi; certamente non l'esposizione a sanzioni penali a tutela del segreto professionale secondo il codice svizzero ove avesse rilasciato le richieste informazioni.*

*Del resto (...) il Gambazzi, nel ripercorrere le tappe del procedimento nel Regno Unito, spiega chiaramente che la strategia processuale scelta era stata quella di sollevare l'eccezione di giurisdizione e di concentrarsi su di essa, 'salvo ... un veloce esame della rivendicazione e l'eventuale difesa che Mura avrebbe potuto opporre'. La possibilità di difendersi nel merito era assolutamente possibile (...) ma 'ero io che finanziavo l'azione per conto di vari convenuti e dopo un certo avanzamento del procedimento, presi la decisione di concentrarmi esclusivamente sulla contestazione della giurisdizione'. (...)"*

La conclusione fu, quindi, nel senso che la sanzione fosse stata

proporzionata perché frutto di una scelta deliberata dell'estromesso:

*"Solo il comportamento reiteratamente inadempiente della parte, non suffragato da ragioni superiori (...) ha portato, nella piena consapevolezza delle possibili conseguenze secondo la legge inglese, alla sua esclusione dal processo. Esiste quindi, a parere della Corte, quella necessaria proporzionalità tra l'inadempimento e la sanzione applicata, senza che ciò sia avvenuto in violazione dei diritti fondamentali sopra richiamati ma anzi nel loro pieno rispetto"*.

e le decisioni compatibili con l'ordine pubblico processuale:

*"Sotto questo profilo, quindi, questa Corte ritiene che le sentenze delle quali è stata chiesta l'esecutività non siano contrarie all'ordine pubblico interno"*.

La decisione della Corte d'appello non pare integralmente condivisibile; un conto è subire la sanzione del *debarment from defending* e quindi essere condannato a non svolgere alcuna difesa nel processo, fermo restando il diritto ad una cognizione sulla fondatezza della domanda: il giudice decide la controversia sulla base della concluzione della domanda e delle sole prove allegiate dall'attore. Altro è subire il *judgment after striking out without trial*; abbiamo visto come questo provvedimento non abbia mai ad oggetto la fondatezza della domanda: sia, segnatamente, una decisione che si colloca agli antipodi della nozione di giusta composizione della lite in quanto prescinde da qualsiasi esame dell'oggetto sostanziale della controversia. Quali corollari di tale difetto genetico ve ne sono poi ben altri: la decisione non è né redatta, né sottoscritta dal giudice; non sono ravvisabili nella decisione gli elementi identificativi della domanda cosicché diventa impossibile verificare il contrasto con un precedente giudicato; da ultimo il provvedimento non è motivato<sup>37</sup>.

Queste circostanze, considerate nel loro complesso sembrerebbero non lasciare spazio ad alcuna opzione interpretativa soprattutto alla luce di alcune decisioni rese dal nostro supremo Consesso che, di fronte ad istituti ignoti al nostro ordinamento sul piano sostanziale, non hanno esitato ad opporsi al riconoscimento

<sup>37</sup> Sul punto v. *infra* nel testo e *supra* sezione I, cap. III par. 3.

to: così è per l'istituto dei c.d. *punitive damages* che è ritenuto incompatibile con il nostro ordine pubblico sostanziale<sup>38</sup>. I danni punitivi sono definiti una sanzione civile pecuniaria<sup>39</sup> inflitta dall'organo giurisdizionale all'autore di un fatto qualificabile come illecito civile e devoluta al danneggiato a prescindere da o in aggiunta alla somma liquidata per reintegrare il suo patrimonio. Introdotti per la prima volta in Inghilterra nel 1763 per punire illeciti gravi in sede penale, furono poi esportati negli Stati Uniti dove si sono affiancati ai tradizionali *compensatory damages* riconosciuti per reintegrare il patrimonio del danneggiato<sup>40</sup>. Le affinità con gli istituti che si esaminano sono evidenti: entrambi mirano al perseguimento di un obiettivo che prescinde dal caso concreto ovvero una efficace amministrazione della giustizia mediante la prevenzione degli illeciti sul piano sostanziale gli uni e in sede processuale gli altri. A tal fine sanzionano l'autore dell'illecito con effetto deterrente sulla collettività premiando la vittima o nel nostro caso la controparte.

In relazione a quest'ultima ipotesi, oggetto della nostra analisi, in assenza di una valutazione sul merito della fondatezza della domanda non è dato sapere se il convenuto sia stato condannato

<sup>38</sup> Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781 in *Corr. giur.*, 2012, 1068 ss. con nota di PARDOLESI, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no e in Damno e respons.*, 2012, 609 ss. con nota di PUNZANELLI, *La cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*; Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, 1460 ss., con nota di PUNZANELLI, *Danni punitivi no, grazie e in Corr. giur.*, 1997, 4,497 con nota di FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco. Per la possibile introduzione nel nostro ordinamento di un'ipotesi di danno punitivo v. l'art. 96, co. 3, c.p.c. in punto di spese processuali su cui ampiamente LUPANO, Responsabilità per le spese e condotta delle parti*, Torino, 2013, spec. 192 ss; v. anche BUSNELLI, D'ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"*, in *Danno e respons.*, 2012, 585 ss. In giurisprudenza v. Trib. Ivrea, 14 ottobre 2015; Trib. Piacenza, 15 novembre 2011 in *Giur. it.*, 2012, con nota di GIORDANO, *Il litigante temerario paga in "in ogni caso". Riflessioni sull'art. 96, comma 3, c.p.c. tra "abuso del processo" e "danni punitivi"*.

<sup>39</sup> BUSNELLI, *Deterrenza, Responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 942.

<sup>40</sup> CENDON, *Il risarcimento del danno non patrimoniale. Parte speciale*, Torino, 2009, 317 e BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006, 202. Sui danni punitivi in generale v. F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008, *passim*; RICCO, *I danni punitivi non sono, dunque, in contrasto con l'ordine pubblico interno*, in *Cont. e impr.*, 2009, 854 ss.

dopo essere stato privato del diritto di partecipare e difendersi nel processo, ma giustamente, oppure in modo del tutto arbitrario. A sanare questo vizio genetico non pare sufficiente sostenere che il convenuto sia vittima delle proprie scelte processuali come hanno fatto il giudice inglese, quello statunitense ed anche quello italiano. I giudici statunitensi<sup>17</sup>, però, nel decidere *by default* l'istanza di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni inglesi nei confronti di Gambazzi – che non si era tempestivamente costituito – esaminano sia la sussistenza dei requisiti di legge sia la fondatezza della domanda compiendo, quindi, quella cognizione della domanda che qui è del tutto assente<sup>18</sup>.

Ciò premesso, ci pare che la verifica in ordine all'accertamento della sussistenza o meno di un rapporto di proporzionalità fra la sanzione imposta al Gambazzi e l'obiettivo della buona amministrazione della giustizia, tale da giustificare la sanzione che ha privato il convenuto di tutti i suoi diritti di difesa, latamente intesi, condotta dalla Corte d'appello, si sia poggiata su presupposti errati in quanto ha ricercato esclusivamente elementi da cui si potesse desumere che la sanzione era stata determinata da un comportamento consapevole del medesimo e quindi abbia accertato la sussistenza della proporzionalità fra inadempimento e sanzione e non, come invece imposto dalla Corte di giustizia, fra la compressione del diritto di difesa, determinato dalle conseguenze della sanzione del *debarment from defending*, e l'interesse alla equità ed efficienza dell'amministrazione della giustizia sia in generale che nel caso concreto.

Segnatamente, alcun peso è stato dato alla circostanza che vi era stato inadempimento – parziale o meno che sia stato – del Gambazzi ad un ordine cautelare funzionale all'esecuzione coattiva di una decisione di condanna non ancora pronunciata<sup>19</sup> in una

<sup>17</sup> Si v. supra sezione II, cap. II.

<sup>18</sup> Per ulteriori considerazioni sul punto si rinvia a quanto detto sopra sezione II, cap. II.

<sup>19</sup> La questione è ampiamente sviluppata dalla difesa di Gambazzi nel ricorso in cassazione: "Al pari di quanto avvenuto nel caso *Krombach*, infatti, l'ordine emanato dal Giudice Rattee era funzionale all'acquisizione di informazioni non dirette all'indagine circa la fondatezza della domanda dell'attore (come appunto osser-

controversia in relazione alla quale non era neppure iniziato il *trial* in quanto all'epoca era ancora pendente la definizione della questione della sussistenza della giurisdizione del giudice inglese<sup>20</sup>. Definizione che è avvenuta ben due anni dopo e che ha attribuito alle pronunce di condanna e di quantificazione del danno, rese *without trial after striking out*, quella efficacia esecutiva di cui erano prive.

Occorre quindi domandarsi se sia veramente stata necessaria una decisione così frettolosa, seppure dopo un *debarment from defending* ritenuto unanimemente legittimo per fatto del convenuto o se, invece, la Corte inglese non avrebbe potuto, e dovuto, impiegare quel tempo quantomeno per esaminare il merito della controversia atteso che, nonostante l'inadempimento del Gambazzi un giusto processo poteva ancora essere celebrato. Un ulteriore quesito, di non scarsa rilevanza, involge l'esame delle conseguenze di una pronuncia sulla giurisdizione intervenuta dopo tre anni dalla proposizione della relativa eccezione: se fosse stata di segno negativo essa avrebbe comunque privato le società canadesi di quell'*asset* – le decisioni rese *without trial after striking out* – sul quale le parti attrici avevano fatto legittimo affidamento e avrebbe drammaticamente ritardato l'instaurazione del processo di almeno quattro anni dalla proposizione della domanda.

Concludendo sul punto, pare legittimo esprimere perplessità su un sistema congegnato, quantomeno sulla carta, in modo da garantire una efficiente amministrazione della giustizia che però, in concreto, impiega più di tre anni per accertare la sussistenza o meno del presupposto processuale per eccellenza, mentre è, al contrario, solerte laddove assicura la tutela dei creditori – o presunti tale – indipendentemente da una verifica della fondatezza delle pretese avanzate. In altri termini, pare ragionevole dubitare

vato da Briggs (...), bensì al buon esito di un'esigenza cautelare volta a presidiare le prospettive di effettiva esecuzione del (solo eventuale) provvedimento favorevole all'attore (...)"

<sup>20</sup> Il punto è evidenziato da Mosconi, *Jurisdiction, Fair trial and Public Policy: the Krombach and Gambazzi cases*, in BOSCHIERO-SCHIAZZA-PIRELLA-RAGNI (a cura di), *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, Hague 2013, 875.

della sussistenza di quella proporzionalità fra privazione del diritto di difesa, con le conseguenze che esso comporta nel diritto anglosassone, e una efficiente amministrazione della giustizia.

## 2. Le contestazioni di Gambazzi contro la sentenza della Corte d'appello, le difese delle società canadesi e il punto di vista della suprema Corte

### 2.1. L'ambito delle verifiche incombenti sul giudice nazionale

Contro il provvedimento esaminato Gambazzi propose ricorso in Cassazione denunciando lacune nella sentenza della Corte d'appello di Milano nell'ottemperare alle indicazioni della decisione della Corte di giustizia:

*"per non aver compiuto delle verifiche dalla medesima Corte ritenute come fondamentali al fine di appurare se vi sia stata, nel procedimento inglese, una violazione manifesta e sproporzionata del diritto di difesa dell'Avv. Gambazzi<sup>21</sup> con conseguente nullità della sentenza in relazione all'art. 360, n. 4 c.p.c. e dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea nonché degli artt. 1 e 3 del Trattato di Lussemburgo del 3 giugno 1971 nonché per omessa motivazione su un fatto controverso decisivo per il giudizio".*

Le verifiche che avrebbero dovuto essere svolte – secondo Gambazzi – sono state sintetizzate nei termini che seguono:

*"In particolare è stato previsto che quest'ultimo – il giudice milanese –*  
*1) per quanto concerne il disclosure order, dovesse 'esaminare se, e in che misura, il Sig. Gambazzi abbia avuto la possibilità di essere sentito in una fase precedente alla sua emissione in merito al suo oggetto e alla*

<sup>21</sup> Si legge ancora nel ricorso proposto: *"Si ha con ciò una violazione del vincolo del Giudice nazionale remittente alle istruzioni della Corte di Giustizia (il cui dispositivo è da interpretare alla luce della motivazione delle stesse: cfr. la sentenza del 16.3.1978, C-115/77, Bosch e Hauptzollamt Hildesheim): vincolo ricavabile oggi dall'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e più specificamente, in relazione al caso in esame, dal Protocollo di Lussemburgo cit. Le istruzioni impartite nel dictum della Corte comunitaria sono state infatti disattese: per effetto di una decisione che, nel trascurarne una parte essenziale, alla fine le ha violate in toto, poiché ha con ciò omissa proprio di intraprendere la valutazione dell'equità del procedimento nel suo complesso e prendendo in considerazione tutte le circostanze".*

*sua portata. Al Giudice spetta altresì accertare quali fossero i mezzi di impugnazione di cui il Sig. Gambazzi disponeva, dopo l'emissione di questo disclosure order, al fine di chiederne la modifica o la revoca' (punto 42);*

*2) per quanto attiene all'inottemperanza al disclosure order, dovesse 'verificare se le ragioni dedotte dal Sig. Gambazzi, in particolare il fatto che la divulgazione delle informazioni richieste l'avrebbe indotto a violare il segreto professionale cui è tenuto in quanto avvocato e, dunque, a commettere un atto perseguibile penalmente, abbiano potuto essere evocate nell'ambito di un procedimento giurisdizionale in contraddittorio' (punto 43);*

*3) quanto poi alla pronuncia dell'unless order, dovesse riscontrare 'se il Sig. Gambazzi disponesse di garanzie procedurali tali da assicurargli un'effettiva possibilità di contestare il provvedimento adottato' (punto 44);*

*4) infine, venendo alla questione centrale per la delotta violazione dell'ordine pubblico, e quindi al venire in essere del provvedimento che ha accolto le domande dei ricorrenti 'come se il convenuto fosse contumace', si è preteso che il Giudice del rinvio dovesse verificare 'se la fondatezza di queste domande sia stata, in tale fase o in una fase precedente, oggetto di esame e se il Sig. Gambazzi, in tale fase o in una fase precedente, abbia avuto la possibilità di esprimersi in materia e abbia avuto a disposizione un mezzo di impugnazione' (punto 45)<sup>22</sup>.*

La Corte di giustizia dunque – nella ricostruzione di Gambazzi – non sarebbe entrata nel merito della legittimità di una decisione *without trial after striking out* inglese dopo la sanzione di *debarment from defending* – che si caratterizza per essere nell'ordinamento inglese l'unica ipotesi di decisione resa in contumacia forzata o involontaria<sup>23</sup> – per lasciare spazio ad autonome valutazioni del giudice nazionale che però sarebbero state svolte solo parzialmente: la Corte d'appello

*"ha circoscritto il suo esame alla verifica delle ordinanze interinali del Giudice inglese, al fatto che esse siano state precedute o seguite dal contraddittorio (e ci mancherebbe!), alla circostanza che il Sig. Gambazzi abbia avuto la possibilità di impugnarle e che abbia deciso di non ottemperarvi ben conoscendo quali potevano esserne le conseguenze. Nessuna anche solo recondita menzione invece ricorre sulla tematica – pur individuata dalla Corte di Giustizia come essenziale nella verifica in con-*

<sup>22</sup> Estratto dal ricorso in Cassazione presentato da Gambazzi.

<sup>23</sup> Sul punto si rinvia alle distinzioni svolte supra sezione I, cap. III, par. 3.

creto dell'equità del procedimento inglese, poiché impingente nel concetto stesso di equità della decisione giurisdizionale e di giusto processo ex art. 6 CEDU (garanzia ben articolata, ed inglobata ormai nel sistema comunitario) – del se sia intervenuto un esame del merito delle domande attrici, nel momento dell'emanazione dei provvedimenti finali o in un momento precedente, e del se il Sig. Gambazzi abbia avuto la possibilità di interporre un'impugnazione avente ad oggetto la fondatezza delle medesime (e non avente ad oggetto le sole revoca o legittimità delle ingiunzioni cautelari)".

Di segno opposto le considerazioni svolte dalle società canadesi secondo le quali ben avrebbe deciso la Corte d'appello in quanto vincolante per il giudice *ad quem* è il solo dispositivo della decisione della Corte di giustizia e non già la motivazione che lo supporta:

"le verifiche elencate ai punti da 41 a 46 hanno più che altro carattere indicativo ed esemplificativo del *modus procedendi* che il giudice del rinvio avrebbe dovuto adottare – e che poi di fatto ha adottato – e non tassativo (...) ciò significa che l'eventuale omissione di una soltanto delle verifiche di cui ai punti da 41 a 46 in questione, omissione che, in ogni caso, come vedremo non si è affatto verificata, di per sé non potrebbe comunque dirsi idonea a determinare un'ipotesi di violazione del vincolo discendente dalla pronuncia della Corte di giustizia"<sup>24</sup>.

Sul punto la suprema Corte<sup>25</sup> aderisce alla ricostruzione proposta da Gambazzi affermando espressamente che dispositivo e motivi "portanti" della decisione interpretativa della Corte di giustizia "assolvono alla funzione di interpretazione autentica del diritto europeo attribuita alla Corte di Lussemburgo dal Trattato e dal Protocollo di Lussemburgo, e quindi sono vincolanti"<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Così nel controricorso.

<sup>25</sup> Il riferimento è alla decisione della suprema Corte n. 11021 pronunciata il 9 maggio 2013 in *Foro it.*, 2013, 2141 con nota di D'ALESSANDRO, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 64 ss. con nota di WINKLER, *La circolazione internazionale delle sentenze comunitarie: il caso Gambazzi*.

<sup>26</sup> In questi termini la decisione della suprema Corte nella vicenda che si esamina. In dottrina la tesi avallata dalla decisione richiamata è sostenuta da D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia*, Torino 2012, 214, nota 5; *Id.*, *La Corte d'appello di Milano reputa il default judgment emanato nel caso Gambazzi compatibile con l'ordine pubblico processuale italiano*, cit., 146 ss.; in modo estensivo v. anche VISMARA, *Interpretazione pregiudiziale comunitaria e processo tributario*, Milano, 2008, 377 che ritiene vincolante ogni passaggio o momento logico della sentenza e quindi la motivazione complessivamente considerata e non limitatamente ai motivi portanti della decisione. Contro nel senso che vin-

## 2.2. L'applicazione del concetto giuridico di "proporzionalità"

La Corte di giustizia ha, in primo luogo, demandato al giudice nazionale l'accertamento della sussistenza di un rapporto di proporzionalità fra la gravità della sanzione comminata dal giudice inglese e l'obiettivo di un'efficace amministrazione della giustizia perseguito dall'ordinamento; grava dunque sulla Corte nazionale l'onere di verificare se la misura del *debarment from defending* e del successivo *judgment without trial after striking out* rappresentino una violazione manifesta e smisurata dei diritti di difesa sproporzionata rispetto allo scopo perseguito dall'ordinamento inglese che consiste nell'assicurare l'efficace svolgimento del procedimento al fine di una corretta amministrazione della giustizia<sup>27</sup>, riesaminando l'iter processuale svoltosi all'estero<sup>28</sup> alla luce delle specifiche indicazioni della Corte di giustizia contenute non solo nel dispositivo, ma anche nella motivazione.

Come già visto l'analisi della Corte d'appello ha avuto esito positivo: tale conclusione non è stata però condivisa da Gambazzi il quale, nel ricorso per cassazione, contestò la

"violazione o falsa applicazione di legge, in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c. ed all'art. 27 n. 1 della Convenzione di Bruxelles (ratificata con L. 21.6.1971, n. 804), per avere la Corte d'appello errato nell'applicare il concetto giuridico indeterminato di 'proporzionalità' della sanzione processuale del *debarment*, rilevante onde verificare la sua compatibilità";

ed evidenziò che

"l'analisi della 'proporzionalità' della sanzione irrogata al Sig. Gambazzi è stata affrontata dal versante della parte sanzionata, ossia valutando se il comportamento di questa 'meritasse' il *debarment*; è invece del

colante è il solo dispositivo BIGNOLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova 1996, 253. La Corte di giustizia, nella sentenza 15 novembre 2012, *Gothiaer Allgemeine Versicherung AG e altri c/ Samakij GmbH*, punto 40, nel ricostruire la nozione di cosa giudicata nel diritto dell'Unione europea ha statuito che la medesima non riguarda solo il dispositivo della decisione, ma si estende anche alla motivazione della stessa che costituisce il fondamento necessario del dispositivo.

<sup>27</sup> Per l'approfondimento si rinvia a quanto sopra nella sezione I, cap. III, par. 2 dedicato all'esame dell'*unless order*.

<sup>28</sup> In questi termini D'ALESSANDRO, *Provvedimento inglese di esclusione del processo e diniego di riconoscimento per contrarietà all'ordine pubblico processuale. La Corte di giustizia si pronuncia sul caso "Gambazzi"*, in *Foro it.*, 2009, IV, 387.

tutto mancata un'analisi della 'proporzionalità' condotta sul versante dell'intensità intrinseca del provvedimento sanzionatorio, e sulla sua funzionalità in vista dei fini del singolo processo. È, infatti, a questa prospettiva – quella della corretta amministrazione della giustizia per l'efficace svolgimento del procedimento – che la Corte di Giustizia ha ancorato il vaglio di proporzionalità (punto 32), ed è in questa prospettiva che si doveva verificare se la sanzione irrogata, nel suo concreto atteggiarsi, non entrasse di per sé in conflitto con quella nozione di congruente proporzionalità che la Corte di Giustizia ha individuato, nel punto 29 della sentenza del 2.4.2009 (...), quale limite invalicabile alle restrizioni del diritto inviolabile alla difesa della parte processuale. Invece i Giudici meneghini si sono rapportati alle esigenze di corretta amministrazione della giustizia al pari dei Giudici inglesi, postulando la inaccettabilità di una disobbedienza agli ordini della corte e così soffermandosi unicamente sull'aspetto dell'imperium e della dignità dell'apparato giudiziario. Per contro essi sono andati dimentichi delle esigenze di giusta soluzione della lite, assunte come centrali nella verifica di proporzionalità delineata dalla Corte di Giustizia, e che legittimano la sanzione solo in tanto in quanto essa viene a colpire un comportamento ostruzionistico per l'accertamento dei fatti, e per quanto è necessario a porre rimedio a siffatto ostruzionismo. E per tale ragione hanno omissis di riconoscere il giusto e dirimente rilievo alla constatazione – operata dal Prof. Briggs nel suo parere pro veritate e mai contestata dalle parti attrici – per cui 'nulla di quanto è stato fatto da Gambazzi ha interferito o poteva ritenersi aver interferito con l'esame della domanda di merito proposta nei suoi confronti. È certo corretto che la sua condotta ha comportato che l'esecuzione di qualunque decisione nel merito sarebbe stata più difficile di quanto sarebbe successo se lui si fosse conformato alla Mareva Injunction nel modo richiesto dagli attori ed ordinato dal Giudice. Tuttavia, per quanto io veda, non c'è alcun fondamento per l'ipotesi che la risposta di Gambazzi alla Mareva Injunction abbia inciso in un qualunque modo con la possibilità per la corte di svolgere un corretto esame del merito della domanda proposta contro Gambazzi e gli altri convenuti'.

(...) la sentenza impugnata avrebbe dovuto concepire il vaglio circa il rispetto del principio di proporzionalità nel senso di verificare se la sanzione era proporzionata all'ostacolo arrecato dalla parte inottemperante 'all'efficace svolgimento del procedimento', che – in un retto ed umanistico intendimento dell'equo processo – è la sola che rileva 'al fine di una corretta amministrazione della giustizia' (punto 32 della sentenza della Corte di Giustizia)".

Di segno opposto l'opinione della difesa delle società canadesi:

"la Corte di giustizia non ha affatto demandato al giudice di rinvio il compito di valutare se il provvedimento di esclusione fosse necessario o meno nella causa inglese, in quello specifico procedimento, al fine di verificare e accertare i fatti di causa e così di decidere sul merito della controversia.

Se così fosse infatti si avrebbe, di fatto, un riesame del merito (vietato dall'art. 29 della Convenzione di Bruxelles) del processo inglese (...).

Al contrario la Corte di giustizia, muovendo dall'assunto, non contestato, che provvedimenti come il debarment hanno come scopo quello di garantire l'equità e l'efficienza dell'amministrazione della giustizia, oppure, (che concettualmente è lo stesso) l'efficace svolgimento del procedimento al fine di una corretta amministrazione della giustizia, chiede al Giudice del rinvio di verificare se il provvedimento di esclusione non abbia comportato una compressione dei diritti di difesa sproporzionata rispetto allo scopo, e dunque manifesta e smisurata.

La sproporzione si ha dunque secondo la Corte, quando per perseguire il legittimo scopo della corretta amministrazione della giustizia, il provvedimento viola i diritti in modo manifesto e smisurato, e dunque sproporzionato.

In definitiva, dunque, lo scopo del provvedimento sanzionatorio di debarment è, in termini generali, e dunque sempre e comunque, la corretta amministrazione della giustizia, e ciò viene dato per scontato dalla Corte di giustizia, senza bisogno di accertamenti e verifiche da effettuarsi caso per caso e dunque senza possibilità, per il giudice del rinvio, di verificare se in quello specifico procedimento di esclusione fosse funzionale alla corretta amministrazione della giustizia o meno.

Dato per assunto detto scopo, il provvedimento sanzionatorio non deve essere sproporzionato, nel senso che non deve comprimere i diritti di difesa del singolo in maniera manifesta e smisurata.

In definitiva dunque il concetto espresso dalla Corte di giustizia è il seguente: il provvedimento di esclusione è proporzionato allo scopo (corretta amministrazione della giustizia) se la compressione dei diritti di difesa che ne deriva non è manifesta e smisurata.

La sentenza della Corte d'appello di Milano ha applicato correttamente le indicazioni della Corte di giustizia (...)".

La Corte di cassazione ha da un canto confermato la decisione dei giudici milanesi ritenendo infondate le contestazioni del Gambazzi:

"... è agevole rilevare che il motivo postula una lettura non corretta della sentenza della Corte di giustizia, atteso che questa non ha richiesto, ai punti 32 e 47, di verificare se il provvedimento di esclusione fosse necessario o meno nello specifico procedimento al fine di assicurare la giusta soluzione

della lite; tale verifica, infatti, avrebbe condotto ad un inammissibile riesame del merito, vietato dall'art. 29 della Convenzione di Bruxelles.

La Corte del merito ha effettuato la valutazione richiesta dalla Corte di giustizia, ritenendo che il provvedimento di esclusione, pur nella sua oggettiva gravità, è stato adottato nel rispetto del diritto di difesa e del contraddittorio, al fine di consentire il raggiungimento dello scopo, ossia la corretta amministrazione della giustizia, sussistendo la proporzione tra l'inadempimento reiterato e non suffragato da ragioni superiori, ma dettato da una scelta processuale libera (e dunque nella piena consapevolezza delle conseguenze secondo la legge inglese) e il provvedimento sanzionatorio adottato".

Sotto il diverso profilo invece delle conseguenze sull'esito del processo del *debarment from defending* - e segnatamente dell'accoglimento automatico della domanda attrice - la Corte si limita a rilevare la novità e perciò inammissibilità della contestazione:

"Nel resto, il ricorrente sviluppa le conseguenze del *debarment*, come rinuncia alla cognitio, con l'automatica e meccanica pronuncia che l'amore ottiene di incondizionato accoglimento della domanda, a fronte delle finalità esterne all'accertamento dei fatti, perseguite con l'*unless order*.

Detti rilievi sono inammissibili, in quanto eccedono i limiti delle questioni sollevate dinanzi alla Corte d'appello ed affrontate dalla Corte di giustizia, risolvendosi in una contestazione in via generale del sistema processuale inglese, con riferimento agli effetti del provvedimento di *debarment* ed alla conseguente mancanza di qualsiasi sindacato giudiziale sulla domanda".

### 2.3. Il diritto di ritenzione dell'avvocato a garanzia del pagamento del proprio compenso e il diritto di avere pieno accesso ai documenti di causa

In relazione al motivo con il quale il Gambazzi denunciò la lesione del proprio diritto di difesa per non avere avuto accesso ai documenti di causa in ragione dell'esercizio di ritenzione esercitato dall'Avv. Butler a garanzia del pagamento del suo compenso per l'attività legale prestata si è già detto ampiamente sopra. La Cassazione ha deciso nel senso dell'inammissibilità della questione riproposta dalla difesa di Gambazzi evidenziando la genericità del motivo in quanto:

"privo della indicazione dei documenti che non sarebbero stati restituiti (...) non consentendo la valutazione sulla rilevanza dei documenti stessi, e quindi sulla decisività della censura in sé considerata"

e in ogni caso enunciando che

"la Corte d'appello ha valorizzato il mancato deposito delle somme dovute al fine di ottenere la consegna della documentazione e l'avvenuto recupero di gran parte della stessa, avuto riguardo alla deposizione giurata di C.O., da cui risulta che, anche grazie ai procuratori legali ed all'avvocato che agivano per gli altri convenuti, lo stesso era riuscito ad ottenere copie dei documenti".

### 2.4. L'esame della fondatezza della domanda oggetto del *judgment without trial after striking out*

Le carenze - sopra riscontrate - della decisione della Corte d'appello, in punto di mancata distinzione fra le attività poste in essere dalle parti e dal giudice nella fase cautelare e quelle che, al contrario, non hanno avuto luogo nella fase di merito, che non si è mai aperta se non per la questione, peraltro processuale, di verifica della sussistenza della giurisdizione del giudice inglese accertata definitivamente solo due anni dopo che le decisioni di cui si chiede il riconoscimento sono state pronunciate - ancorché l'efficacia esecutiva sia stata sospesa in ragione della questione di giurisdizione - non paiono essere state colmate dalla successiva decisione della nostra suprema Corte.

Nell'esaminare il profilo che attiene alla verifica della sussistenza in capo al Gambazzi della possibilità di svolgere le proprie difese nelle fasi cautelari e di merito, la Corte di cassazione pare essere incorsa nello stesso equivoco già posto a fondamento della decisione della Corte d'appello. Se è vero che il Gambazzi scelse<sup>29</sup> di non difendersi nel merito nella fase cautelare, concen-

<sup>29</sup> Nello specifico "i convenuti avevano contestato la giurisdizione inglese, portando la questione sino alla House of Lords e, come risulta dal parere del prof. B., nell'ordinamento inglese l'eccezione declinatoria di giurisdizione da vita ad un pre-processo, che sospende l'esame del merito e la fissazione del dibattimento, ma chi contesta la giurisdizione non può e non deve prestare una difesa nel merito, che, se presentata,

trando la propria difesa sulla eccezione di giurisdizione, è altrettanto sicuro che il contraddittorio fra le parti non si è mai aperto sull'oggetto del giudizio ovvero sulla fondatezza o meno della *conspiracy claim* non già per scelta dell'avvocato svizzero, ma perché il *trial* non ha mai avuto luogo: la domanda avanzata dalle società canadesi non è mai stata esaminata dal giudice inglese e rispetto ad essa neppure è mai iniziata la trattazione nel merito<sup>20</sup>.

Quanto sopra sintetizzato è integrato dal primo dei motivi fatti valere dal Gambazzi secondo cui:

*"la Corte d'appello (...) ha omissis l'ultimo ordine di verifiche (punto 45 della sentenza della Corte di giustizia), non facendosi carico di considerare se la fondatezza delle domande attrici sia stata, nella fase finale o in una fase precedente, oggetto di esame sia pur sommario nel merito e se ed in che modo il G. abbia avuto la possibilità di interloquire ed eventualmente impugnare, nel merito, le condanne.*

*Dagli stessi provvedimenti dei giudici inglesi chiamati a dirimere la questione, risulta che il vaglio sulla fondatezza delle pretese attrici è sempre stato ancor meno che superficiale e tutti i tentativi di ottenere un esame più dettagliato sono naufragati contro il rifiuto di approfondire le allegazioni attrici, si da sfociare il procedimento inglese, in sostanza, nel conferimento di esecutività alla nuda pretesa attrice.*

*comporta la sottomissione alla giurisdizione inglese e viene incesa come abbandono dell'eccezione in oggetto.*

*Non era quindi possibile anticipare la difesa nel merito nella fase cautelare, mentre pendeva il pre processo attinenti alla declinatoria di giurisdizione; pertanto, sino a che era pendente la decisione sull'eccezione declinatoria, l'avv. G. era legittimato a sollevare solo questioni limitate, ed in tale situazione la decisione era stata quella di percorrere sino in fondo la strada delle impugnazioni e, solo in caso di esito infuato, non prima della sentenza della House of Lords sopravvenuta il 20/10/2000, rassegnarsi al dibattimento (...); nella specie, peraltro, prima della decisione definitiva sull'eccezione di giurisdizione, i provvedimenti contro il G. erano venuti ad esistenza a causa dell'intervenuto debarment<sup>21</sup>.*

<sup>20</sup> La Corte europea dei diritti dell'uomo - sentenza 1 marzo 2002, *Kunic o' Croatia*, § 25 - da tempo afferma che il diritto di accesso al tribunale comporta il diritto ad una decisione nel merito della causa: "The right to access a court does not only include the right to institute proceedings, but also the right to obtain a determination of the dispute by a court"; il tribunale poi deve poter esercitare un sindacato di *full jurisdiction* sull'oggetto della controversia: "for the determination of civil rights and obligations by a 'tribunal' to satisfy Article 6 § 1, the 'tribunal' in question must have jurisdiction to examine all questions of fact and law relevant to the dispute before it". In questi termini Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 13 maggio 2003, *Cheval o' Francia*, § 77.

Le società canadesi hanno contestato le argomentazioni contenute nel ricorso di Gambazzi:

*"In ogni caso, l'affermazione avversaria secondo la quale, per effetto del provvedimento di esclusione, il giudice inglese ha accolto automaticamente la domanda delle attrici, senza alcun esame della relativa fondatezza e quindi con rinuncia della giurisdizione è radicalmente infondata.*

*È sufficiente leggere le motivazioni delle sentenze inglesi (perché di motivazioni si tratta, nonostante il contrario avviso del ricorrente espresso nell'ultimo motivo di ricorso) che controparte si premura d'inserire nel corpo del ricorso debitamente tradotte, per rendersi conto che non è così.*

*Si veda, ad esempio, il Judgment del 10 dicembre 1998, nel quale si legge quanto segue "... la Corte, dopo aver udito i legali degli attori e quelli dei convenuti ed aver ordinato, per l'eventualità in cui il detto convenuto non prestasse ottemperanza alle clausole dell'order, che gli attori sarebbero stati nella libera facoltà di procurarsi il provvedimento condannatorio contro il secondo convenuto, per l'ammontare dei danni da determinarsi in funzione delle pretese attrici con riguardo alla frode in concorso, cui si fa riferimento nei parr. da 18 a 67 e 182-184 dell'atto introduttivo del presente procedimento, fatti salvi ed eccettuati quei pagamenti elencati nell'Allegato 5 dell'atto introduttivo, con riferimento ai quali è stato ordinato un pagamento in acconto nel precitato order".*

*Orbene quella di cui sopra che cos'è se non una decisione nel merito delle domande attrici, resa sulla base degli atti e documenti di causa al momento disponibili, che poi erano quelli depositati dalle attrici, visto che l'Avv. Gambazzi, comunque - e prima ancor di venir escluso dal giudizio - aveva rinunciato a difendersi approfonditamente nel merito per concentrarsi sulla giurisdizione?*

*La decisione fa riferimento ad una specifica parte dell'atto introduttivo del giudizio, che dunque ha preso in esame, ed una decisione contumaciale, resa cioè come se l'Avv. Gambazzi fosse stato contumace. Non vi è, dunque, alcun accoglimento automatico ed incondizionato delle pretese attoree".*

Il Supremo Consesso, rilevata l'ammissibilità del motivo prospettato come *error in procedendo*, ha svolto considerazioni che meritano di essere riportate integralmente in quanto dalle medesime si evince che, ancora una volta, nell'esame svolto dalle nostre corti nazionali, le fasi processuali cautelare e di merito sono sovrapposte:

*"Secondo il G., la Corte d'appello ha circoscritto il suo esame alla verifica delle ordinanze interinali, senza valutare se vi sia stato un esame del merito delle domande attrici, nel momento dell'emanazione dei prov-*



vedimenti finali o in un momento precedente, e se la parte abbia avuto la possibilità di interporre un'impugnazione avente ad oggetto la fondatezza.

Al riguardo, al di là del riferimento, contraddittorio con l'assunto di base, della stessa difesa del G. a pag. 42 del ricorso ad uno scrutinio nel merito delle pretese contro la parte, che 'vi è stato ad un livello forse epidermico nella fase iniziale del giudizio, quella avente ad oggetto l'emana-zione delle Mareva injunctions, basate più che altro sul fatto che i convenuti erano stranieri', va osservato che la Corte del Lussemburgo ha richiesto di verificare se nell'ambito del procedimento, e non già solo nella fase finale, fosse stata esaminata la fondatezza delle domande, e se nella fase finale o in quella precedente la parte avesse avuto la possibilità di esprimersi in materia e se avesse avuto a disposizione un mezzo di impugnazione.

La Corte del merito ha sul punto rilevato che il G. aveva impugnato i vari provvedimenti, anche quelli relativi alle Mareva, entrando nel merito delle domande ed aveva visto esaminate le proprie ragioni, in specie quelle relative al segreto professionale ed al rischio di esporsi a sanzioni penali.

Così operando, la Corte d'appello ha correttamente applicato il criterio di verifica enunciato dalla Corte di giustizia, dell'esame della fondatezza delle domande da parte del Giudice inglese, nella fase finale o precedente, considerando quanto avvenuto nella fase antecedente ai provvedimenti finali<sup>11</sup>.

Il "merito" preso in considerazione è quello dell'istanza cautelare e non della *conspiracy claim*: tale equivoco è stato poi confermato dai rilievi successivi dedicati all'esame delle difese svolte dal Gambazzi nel cautelare omettendo di considerare che quella non è la sede propria per l'esame nel merito della fondatezza della domanda:

"Il ricorrente si è a lungo soffermato sul fatto che il vaglio dei Giudici inglesi sulla fondatezza delle pretese è stato ancor meno che superficiale, limitato ai provvedimenti interinali, e che non vi era alcuna possibilità di impugnare i provvedimenti finali, sollevando questioni sulla fondatezza delle domande o sulla correttezza dei pretesi danni; la parte ha altresì stigmatizzato il 'faintendement' nel quale sarebbero caduti i Giudici del merito, nel rilevare dall'affidavit dello stesso G. del 29/11/02, relativo alla posizione di altre parti, che fosse possibile la difesa nel merito, mentre, attesa la contestazione della giurisdizione, la presentazione della difesa nel merito, anche in via espressamente subordinata, avrebbe determinato l'abbandono dell'eccezione di giurisdizione.

Va per contro rilevato che dallo stesso parere del prof. B. non si evince che non potesse essere presentata una difesa nel merito anche in via espressamente subordinata, e che comunque, come ha correttamente osservato la Corte d'appello, la scelta di non difendersi nel merito rispondeva alla strategia processuale del G., di affidarsi all'eccezione di difetto di giurisdizione, ritenuta quasi una certezza, e di evitare che le difese nel merito potessero essere interpretate come accettazione della giurisdizione."

## 2.5. (Segue) La possibilità di riesame nel merito in sede d'impugnazione

La Corte di cassazione si è poi soffermata a verificare se contro le decisioni dei giudici inglesi fosse disponibile un mezzo d'impugnazione e se il Gambazzi se ne sia avvalso<sup>12</sup>.

L'ordinamento inglese – come ampiamente visto sopra<sup>13</sup> – offre la possibilità d'impugnare il *default judgment* reso ai sensi della CPR 3.5 mediante la c.d. *application to set aside*. Quest'ultima presuppone peraltro che la *defaulting party* ottenga il *relief from sanction* ai sensi della CPR 3.6 (4). Gambazzi, a differenza di *Morra* e *Chascona*, non agì per ottenere né il *relief from sanction* né la rimozione del *judgment*.

Le ragioni poste a fondamento di tale scelta sono varie.

Sotto un primo profilo Gambazzi allegò di non voler compromettere l'esame dell'eccezione di giurisdizione nella ritenuta convinzione che la difesa in merito avrebbe comportato la sua rinuncia implicita.

In secondo luogo sostenne di essersi trovato nell'impossibilità economica di affrontare il giudizio d'impugnazione<sup>14</sup>.

Argomentò poi che, in ogni caso, il mezzo d'impugnazione richiamato – come abbiamo visto in sede di analisi del gravame

<sup>11</sup> Come di recente ribadito dalla Corte di giustizia, sentenza 16 luglio 2015, *Diageo Brands BV*, cit., il vizio idoneo a rappresentare, in sede di circolazione della decisione nello spazio europeo, motivo di diniego dell'*exequatur* per contrarietà all'ordine pubblico deve essere stato fatto valere attraverso i mezzi d'impugnazione disponibili nello stato a quo.

<sup>12</sup> V. supra sezione I, cap. IV.

<sup>13</sup> Vedi i rilievi svolti supra sezione I, cap. II, par. 1, nota 17.

proposto da *Mora e Chascona*<sup>28</sup> – non avrebbe consentito un “riesame” nel merito della controversia, in quanto volto a verificare il ricorrere dei presupposti per la mera revoca del provvedimento decisorio tra cui in particolare la dimostrazione da parte dell’istante – convenuto nella *conspiracy claim* – di poter vincere nel merito. Tale valutazione peraltro è svolta sulla base delle sole prove costituite e grava il convenuto del rischio della mancata dimostrazione di poter vincere: se all’esito della valutazione giudiziale le parti hanno analoghe prospettive di successo il favore è per l’attore che gode di una presunzione di fondatezza della domanda che deriva proprio dalla pronuncia del *judgment without trial after striking out*<sup>29</sup>.

In tal senso rilevò che

*“L’eventuale istanza di revoca (non ‘impugnazione’) avrebbe avuto ad oggetto solo ragioni di rito: vertenti cioè sulla opportunità di rimuovere la contumacia e di consentire, per tale via lo svolgimento del trial a cognizione piena della domanda in quanto la motion to set aside non è finalizzata ad un riesame nel merito della domanda”*

– che non c’è stato in prima battuta –, ma a verificare se, sulla base delle allegazioni iniziali, il “condannato” possa vincere nel merito della controversia. Si tratta, in sintesi, di un rimedio che non è “devolutivo e sostitutivo come l’appello” e volto a riesaminare il merito della controversia.

In questi termini le difese di Gambazzi:

*“È pacifico che nessuna possibilità d’impugnare i provvedimenti condannatori, sollevando questioni sul merito della fondatezza delle domande o della correttezza della quantificazione dei pretesi danni, era a disposizione del Sig. Gambazzi. Come dimostra il procedimento d’appello che hanno proposto le società Mora e Chascona, poc’anzi ricordato, l’unico strumento ‘impugnatorio’ consisteva nella richiesta al Giudice inglese di revoca del provvedimento reso in contumacia forzata (set aside the default judgment).*

*Tale rimedio, per definizione, attiene ai presupposti della contumacia (e, in caso, del debarment), e (come del resto accade nel nostro ordina-*

<sup>28</sup> V. supra sezione I, cap. IV.

<sup>29</sup> L’onere della prova di vincere nel merito della controversia incombe a colui che presenta la *motion to set aside the default judgment*: sul punto si v. i rilievi svolti supra sezione I, cap. IV, par. 4.

*mento in caso d’impugnazione ‘oltre termine’ ex art. 327, co. 2, c.p.c.), qualora non risulti fondato il dedotto vizio di rito, non consente alcuno scrutinio sulle tematiche della fondatezza della domanda e dell’esistenza del diritto per cui è stato reso il provvedimento condannatorio. Onde la definitiva riprova che non solo la Corte d’appello ha violato il vincolo alla sentenza della Corte di Giustizia, pretermettendo un aspetto da quest’ultima ritenuto essenziale ai fini di una valutazione complessiva di equità del procedimento.*

*(...) Nell’ordinamento processuale inglese, infatti, ‘una sentenza contumaciale non può essere appellata ... Al contrario, il convenuto può domandare al Giudice che l’abbia emessa di revocare la sentenza contumaciale. A differenza dell’appello, un’istanza siffatta non ha ad oggetto il merito della domanda su cui è stata resa la sentenza ... Un’istanza di revoca verterà sul se la sentenza contumaciale fu ritualmente emanata e, nel caso lo sia stata, sulla sussistenza di altre ragioni per cui sarebbe giusto revocarla o per cui il convenuto meriti di avere una nuova possibilità di opporsi alla domanda’ (così ZUCKERMAN, *Civil procedure*, London, 2003, pp. 242-243: ‘A default judgment cannot be challenged by way of appeal ... On the contrary, a defendant may apply to the court that entered the judgment to have the default judgment set aside. Unlike an appeal, such an application is not concerned with the merits of the claim upon which the judgment was given ... An application to set aside will be concerned with whether the default judgment was properly entered and, if it was, whether there are some other reasons why in justice it should be set aside or whether the defendant deserves a second chance to contest the claim’). Come pianamente si evince da questa autorevole descrizione dell’istituto processuale inglese, neppure un ipotetico accoglimento della istanza cui alludono i nostri contraddittori avrebbe dunque potuto sortire un accertamento di merito in ordine alla fondatezza delle pretese avanzate dalle odierne resistenti, basato sulle difese e sulle prove del convenuto. Nessuna impugnazione autenticamente devolutiva e sostitutiva – come lo sarebbe stato l’appello – si offriva al convenuto nell’ordinamento d’origine. (...)”*

Il ragionamento venne poi integrato dalle considerazioni che seguono

*“(...) poiché l’emissione del default judgment era stata preceduta dal sanzionatorio debarment, un’ipotetica istanza di revoca non avrebbe neppure avuto immediatamente ad oggetto la sentenza contumaciale e i presupposti per la sua revoca della contumacia; dapprima sarebbe occorso rimuovere il debarment”.*

In altri termini dunque la possibilità di un “esame” nel merito della domanda in sede d’impugnazione non sarebbe stato possibi-

le – nella ricostruzione offerta dal Gambazzi – in ragione dell'esperimento dell'*application to set aside* la quale, ben lungi dall'essere una impugnazione, consentirebbe la sola revoca dei provvedimenti di condanna e di quantificazione dei danni: revoca che, peraltro, a sua volta presuppone la concessione *relief from sanction* ai sensi della CPR 3.9: un rimedio, dunque, non solo costoso, ma anche inutile<sup>26</sup>.

Il Gambazzi poi a sostegno della circostanza che il mezzo d'impugnazione offerto dal sistema inglese non fosse né utile né effettivo richiamò la decisione della Corte di giustizia del 6 settembre 2012 che nel caso *Trade Agency*<sup>27</sup>:

*“La conclusione che si impone circa la decisività della verifica attenta la presenza di un rimedio impugnatorio a disposizione del convenuto avverso il provvedimento conclusivo del procedimento, merita infine aggiungere, è corroborata anche dalla più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia UE.*

*Nella sentenza del 6.9.2012, causa C-619/10, Trade Agency, la Corte ha infatti statuito che, a fronte di una condanna contumaciale inglese non preceduta da alcun vaglio di fondatezza nel merito della domanda, è compito del Giudice dello Stato membro, richiesto di dare esecuzione a tale provvedimento, sincerarsi che il convenuto abbia avuto a sua disposizione, nell'ordinamento d'origine, un mezzo di ricorso utile ed effettivo*

<sup>26</sup> La nozione di utilità deve essere intesa quale rapporto tra il *quid* conseguibile in ragione dell'azione esercitata e il provvedimento idoneo a rimuovere la lesione subita: solo laddove vi sia coincidenza fra questi due elementi può parlarsi di ricorso utile. In modo analogo STELLA, *Default judgments inglesi alla prova dell'ordine pubblico processuale europeo, tra anelli deflativi europei e superiori istanze di un'equa tutela del contumace* in nota a CGUE, 6 settembre 2012, C-619/10, in *Int'l Lx*, 2012, 177 si riferisce, richiamando la nozione tecnica d'interesse ad agire quale condizione dell'azione, al risultato ottenibile mercé l'ausilio della giurisdizione. Più in generale sul tema dell'interesse ad impugnare v. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, Milano 1990, *passim*.

<sup>27</sup> Sentenza 6 settembre 2012, C-619/10, in *Int'l Lx*, 171 ss. con commento di STELLA, *Default judgments inglesi alla prova dell'ordine pubblico*, cit. Parla di principio del *local remedies rule* KOEHLER, *Ordine pubblico e tutela incondizionata del convenuto contumace: uno strano ritorno al passato*, in *Int'l Lx*, 2005, 74 nel senso che le nullità processuali che si lamenta violano l'ordine pubblico processuale possono essere fatte valere dinanzi al giudice del riconoscimento ed esecuzione solo in quanto la parte processuale abbia subito un pregiudizio non sanabile e/o non sanato innanzi al giudice della decisione. Sul punto v. anche DR. CAIROFARO, *Ordine pubblico "processuale" ed emulazione dei principi fondamentali del diritto processuale "europeo"*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2008, 594. V. anche infra sezione IV.

*per chiederne la riforma (punto 61): un mezzo di ricorso evidentemente avverso il provvedimento finale, essendo rimasto in quel caso il convenuto effettivamente (e non forzosamente) contumace. (...) La Corte, sulla scorta delle conformi conclusioni dell'Avvocato generale Kokott (v. spec. il punto 93, ove si sottolinea che il diritto di difesa del convenuto è rispettato se questi può "esporre la propria posizione sui fatti in modo efficace e se gli è data la possibilità di impugnare la decisione contumaciale"), dopo aver richiamato la sentenza Gambazzi, ha concluso che l'impossibilità di proporre un ricorso contro la decisione in maniera utile ed effettiva nell'ordinamento d'origine giustifica il rifiuto dell'exequatur del provvedimento straniero da parte del Giudice ad quem (punto 62)"<sup>28</sup>.*

Tale principio non è peraltro nuovo nel panorama giurisprudenziale europeo; esso è stato più volte affermato sia dalla Corte di giustizia<sup>29</sup> che dalla Corte di Strasburgo<sup>30</sup> con principi oggi direttamente utilizzabili dai giudici nazionali in sede d'interpretazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

<sup>28</sup> Così si legge nella memoria ex art. 378 c.p.c. Segnatamente nella richiamata decisione della Corte di giustizia si legge – al § 62 – che “il giudice dello Stato membro richiesto non può rifiutare, in forza della clausola relativa all'ordine pubblico, l'esecuzione di una decisione giudiziaria emessa in contumacia e che dirime una controversia nel merito, che non contiene un divamata né dell'oggetto né del fondamento del ricorso ed è priva di qualsiasi argomento sulla fondatezza di quest'ultima, a meno che non ritenga, in esito ad una valutazione globale del procedimento e considerate tutte le circostanze pertinenti, che tale decisione comporti una lesione manifesta e assicurata del diritto del convenuto a un equo processo, sancito dall'articolo 47, secondo comma, della Carta, a causa dell'impossibilità di proporre ricorso contro tale decisione in maniera utile ed effettiva”.

<sup>29</sup> Corte di giustizia, sentenza 18 marzo 2010, cause riunite da C-317/08 a C-320/08, *Alaxini c/Telecom Italia*, § 48; Corte di giustizia, sentenza 29 ottobre 2009, causa C-63/08, *Ponin*, § 44; Corte di giustizia, sentenza 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Amarcom*, § 41; Corte di giustizia, sentenza 16 luglio 2009, causa C-12/08, *Moto Car Syding*, § 48; Corte di giustizia, sentenza 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, §§ 44-45; Corte di giustizia, sentenza 14 dicembre 2006 C-283/05, *ASML Netherlands BV c/ Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS)*, § 28; Corte di giustizia *Eurofood 2* maggio 2006 C-341/04, § 66; v. anche STELLA, *Default judgments*, cit. 171 ss. nota 2.

<sup>30</sup> Nel senso che l'esperimento di tutte le impugnazioni previste dall'ordinamento interno non è necessario se le stesse non sono utili si è per la prima volta espressa la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Kudla c. Polonia* con sentenza del 26 ottobre 2000. V. anche caso *Karovanović c. Portogallo*, 1 maggio 2011, § 57; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 21 novembre 2001, *Fogarty c. Regno Unito*, § 33. Afferma che l'eventuale violazione avvenuta in primo grado può essere sanata in sede d'impugnazione Corte europea dei diritti dell'uomo 28 maggio 2002, *Kingsley c. Regno Unito*, § 32. Sul tema v. ampiamente TROCCER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino 2011, spec. 221 ss.

europea: segnatamente, il mezzo d'impugnazione offerto dall'ordinamento nazionale, per essere considerato utile ed effettivo, deve garantire la possibilità di riformare qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione impugnata resa dall'organo inferiore<sup>41</sup>.

Secondo Gambazzi il giudice dell'impugnazione non avrebbe potuto esercitare un sindacato di *full jurisdiction* sull'oggetto della controversia ovvero – occorre ribadirlo – sulla *conspiracy claim* avanzata dalle società canadesi. L'esame della fondatezza della domanda, già omesso nella prima fase del procedimento conclusosi con il *debarment from defending* e la successiva automatica decisione di merito, non avrebbe potuto essere compiuto a seguito della proposizione della *motion to set aside the default judgment*: il rimedio fornito dall'ordinamento non sarebbe dunque stato né utile né effettivo rispetto all'esigenza di garantire lo svolgimento di un giusto processo sul merito delle domande avanzate.

Di contrario avviso l'opinione delle società canadesi secondo le quali il mezzo d'impugnazione esisteva:

*"Era senz'altro possibile impugnare il Judgment e l'Order presentando ricorso (Application to set aside, ricorso per mettere da parte una sentenza ai sensi dell'art. 13.1. e 13.3. delle Regole di procedura inglese"*.

ma fu Gambazzi a scegliere di non avvalersene

*"L'Avv. Gambazzi non ha proposto alcuna impugnazione, né di rito né di merito, avverso il Judgment e l'Order, né prima né dopo la decisione della House of Lords, ma ha finanziato e partecipato all'impugnazione proposta da Mora e Chascona, nell'ambito della quale ha reso l'Affidavit del 29 novembre 2002. Non si può non denotare, dunque, che alla base di tale condotta dell'Avv. Gambazzi non vi fosse una specifica strategia processuale e difensiva e dunque una scelta libera e consapevole"*.

*"L'Avv. Gambazzi, infatti, avrebbe potuto impugnare il Judgment e*

<sup>41</sup> In questi termini la Corte europea dei diritti dell'uomo laddove prevede che il giudice dell'impugnazione, richiesto di sanare un'eventuale violazione dei principi del giusto processo attuatisi in primo grado, debba poter esercitare un sindacato di *full jurisdiction*: Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 13 maggio 2003, *Chevrof c/ Francia*, § 77, cit.; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 4 giugno 2004, *Silvestru's Horeca Service c. Belgio*, § 27; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 27 settembre 2011, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c/ Italia*, § 59; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c/ Italia*, § 139.

*l'Order presentando ricorso (Application to set aside, ricorso per mettere da parte una sentenza) ai sensi dell'articolo 13.1. e 13.3 delle Regole di procedura civile inglese. In particolare, l'art. 13.3, consente ai tribunali inglesi di 'mettere da parte' una sentenza se il convenuto ha 'una prospettiva reale di difendersi contro la pretesa avversaria con successo' ('a real prospect of successfully defending the claim'). Tale procedura, dopo la sentenza della House of Lords, è stata infatti seguita – sia pure tardivamente – da Mora e Chascona (...)”<sup>42</sup>.*

La suprema Corte ha da un canto secondato la ricostruzione dei fatti svolta dalle società canadesi:

*"Quanto alla possibilità di avvalersi di mezzi di impugnazione, oggetto della previsione dell'ultimo inciso del punto 45, le difese delle parti concordano nel ritenere che era possibile impugnare i provvedimenti finali, presentando ricorso (application to set aside), per ottenere la revoca del provvedimento reso in contumacia forzata;*

*peraltro, secondo la difesa del G., tale rimedio attiene ai presupposti della contumacia, e nel caso, del debarment, quindi solo a questioni di rito. Ma è agevole al riguardo rilevare che l'odierno ricorrente non ha proposto alcuna impugnazione, né di rito né di merito, né prima né dopo la decisione della House of Lords sulla giurisdizione (e, sulla base dell'unless order del Giudice Ra., le decisioni in oggetto non erano esecutive, prima della pronuncia sulla giurisdizione, anche se erano suscettibili di riconoscimento in altri Stati europei); e infine, e soprattutto, che la Corte di giustizia non ha richiesto la verifica dell'esistenza di una impugnazione devolutiva e sostitutiva, come l'appello"*

e dall'altro rilevato la novità delle argomentazioni svolte dal Gambazzi volte a giustificare la mancata impugnazione:

*"In memoria, il ricorrente, per corroborare la propria tesi, della sussistenza di un effettivo rimedio impugnatorio, ha fatto riferimento alla recente pronuncia della Corte di giustizia del 6/9/2012, causa C-619/10, Trade Agency.*

*In detta pronuncia, la Corte di giustizia, nel caso di decisione in contumacia resa dall'High Court, ha affermato che non può il Giudice dello Stato richiesto rifiutare l'esecuzione di una pronuncia emessa in contumacia, che dirime il merito di una controversia senza la disamina né dell'oggetto né del fondamento del ricorso, ed è priva di qualsiasi argomentazione sulla fondatezza, a meno che non ritenga, in esito ad una valutazione globale e di tutte le circostanze, che sussista lesione 'manifesta e smisurata' del diritto all'equo processo, sancito dall'art. 47, comma 2 del-*

<sup>42</sup> Sul punto si rinvia all'esame condotto supra nella sezione I, cap. IV.

la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, a causa della impossibilità di proporre ricorso in maniera utile ed effettiva.

Tale richiamo non è utilizzabile nella specie, attenendo al diverso, e nuovo, profilo della compatibilità con l'ordine pubblico processuale e con l'equo processo della pronuncia in contumacia inglese in sé, mentre nel presente giudizio è stato fatto valere il profilo della contrarietà all'ordine pubblico processuale della pronuncia, in quanto resa dopo l'esclusione del convenuto dal processo".

## 2.6. Il difetto di motivazione della sentenza

Da ultimo viene esaminato il profilo attinente al difetto di motivazione della sentenza.

Secondo Gambazzi di autentica decisione giudiziale non si può

*"parlare allorché il provvedimento riconoscendo difetti della benché minima motivazione sulla fondatezza della domanda giudiziale.*

*I provvedimenti inglesi di condanna e di liquidazione del danno de quibus, ripresi, non sono stati preceduti da alcuna valutazione giudiziale di fondatezza delle domande risarcitorie delle attrici, vuoi sotto forma di giudizio "allo stato degli atti", vuoi sotto forma di un mero vaglio di conclusione in iure delle allegazioni delle attrici.*

*... la carenza di motivazione, oltre a costituire di per sé una limitazione del diritto fondamentale di difesa, come già ribadito dalla Corte di Giustizia (v. sent. 14.12.2006, causa C-283/05, ASML Netherlands, punto 28), può tradursi in una restrizione manifestamente sproporzionata di tale diritto. E tanto la Corte di Giustizia ha ribadito nel recente citato caso Trade Agency (2012).*

*Si tratta di un principio - quello dell'essenzialità, ossia della irrinunciabilità della motivazione delle sentenze - professato dalla stessa giurisprudenza di Codesta Suprema Corte, che anche di recente ha dichiarato nulla per difetto dell'essenziale requisito della motivazione, ai sensi dell'art. 132, n. 4, c.p.c., la decisione con cui la Corte d'appello territoriale aveva riconosciuto una sentenza ecclesiastica, affermandone la compatibilità con l'ordine pubblico italiano senza fornire la minima enunciazione delle ragioni per cui avrebbe dovuto escludersi il denunciato contrasto di tale provvedimento con l'ordine pubblico (v. Cass., Sez. I, 9.1.2013, n. 347)".*

Sulla carenza di motivazione, le società canadesi rilevarono in primo luogo che l'eccezione

*"non è mai stata sollevata antecedentemente ai fini della valutazione della loro contrarietà all'ordine pubblico processuale".*

e, secondariamente, giusta l'opinione già espressa dalla nostra suprema Corte<sup>45</sup>, evidenziarono che una violazione dell'ordine pubblico processuale sussiste quando siano violati

*"i principi inviolabili posti, nel nostro ordinamento a garanzia del diritto di difesa tra i quali, una volta che risulti assicurato il contraddittorio non rientra l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali in quanto l'art. 111, co. 1 Cost., che prevede tale obbligo, sancisce un assetto organizzativo della giurisdizione che attiene esclusivamente all'ordinamento interno".*

L'eccepita novità del contestato difetto di motivazione della sentenza e per l'effetto della contrarietà della decisione di *default after striking out without judgment* ai principi del giusto processo così come oggi codificati dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è, ancora una volta, condivisa dalla suprema Corte secondo la quale tale vizio non è stato posto a fondamento dell'iniziale impugnazione del decreto di esecutività delle decisioni inglesi laddove si è fatto valere il solo profilo della contrarietà

*"all'ordine pubblico processuale della pronuncia, in quanto resa dopo l'esclusione del convenuto dal processo".*

Non è del tutto pacifico in dottrina se tra i diritti fondamentali costituenti l'ordine pubblico processuale sia rinvenibile anche il diritto ad una decisione adeguatamente motivata<sup>46</sup>: in questo senso è orientata la Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la quale la motivazione rappresenta un momento imprescindibile della tutela giurisdizionale effettiva<sup>47</sup>. Analoga l'opinione della

<sup>45</sup> Cass. 18 maggio 1995, n. 5451.

<sup>46</sup> Nella nostra dottrina si è espressa in senso favorevole D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007, 154; v. anche KRAMER, *Enforcement under the Brussels Convention: Procedural public policy and the influence of Article 6 ECHR*, in *Int'l Lit.*, 2003, 20.

<sup>47</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 28 giugno 2007 *Wagner e J.M.W.L. c./ Lussemburgo* § 90; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 7 aprile 2005, *Aljica c. Grecia*, § 16; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 19 febbraio 1998, *Higgins c. Francia*, § 42; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 19 aprile 1994, *Van de Hurk c. Paesi Bassi*, § 59 per quanto sia stato chiarito che la motivazione deve essere com-

Corte di giustizia che si è di recente espressa – nel caso *Trade Agency* su cui si vedano i rilievi svolti nella parte conclusiva del presente scritto – sulla specifica questione, qui rilevante, relativa alla possibilità di impedire la circolazione europea di una decisione in tal modo viziata.

Nel nostro ordinamento il principio secondo cui “Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati” gode di espressa copertura costituzionale<sup>46</sup> e, per quel che concerne nello specifico il processo civile, è disciplinato agli artt. 132, n. 4, c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c.<sup>47</sup> giusta i quali il ragionamento giudiziale deve essere esplicitato nella motivazione della sentenza<sup>48</sup> in cui devono essere espresse, in modo conciso, le ragioni di fatto e di diritto della decisione o – eventualmente – le ragioni di equità, nell’ipotesi di cui all’art. 114 c.p.c., al fine di garantire il controllo democratico della giustizia delle decisioni, oltre che l’individuazione delle ragioni su cui fondare i motivi d’impugnazione di un eventuale gravame<sup>49</sup>.

Condivide la soluzione accolta dalla più recente giurispruden-

misurata in relazione al tipo di pronuncia che deve essere resa; Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza 9 dicembre 1994 *Raiz Torija c. Espagne*, § 29. Con particolare riferimento all’ambito penale v. Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza 16 novembre 2010, *Taxquet c/ Belgium*, § 90; Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenze 10 gennaio 2013, *Fraumens c/ France*, § 34 e *Agnelet c/ France* § 56 in cui s’illustrano le due differenti funzioni, una interna ed una esterna al processo a cui adempie l’obbligo della motivazione: la prima consente alla parte del processo di conoscere le ragioni sottese alla pronuncia al fine di verificarne la correttezza. La seconda, invece, persegue l’obiettivo *to foster public confidence in an objective and transparent justice system, one of the foundations of a democratic society*. Soltanto il primo aspetto assume rilievo in sede di circolazione della decisione nello spazio giudiziario europeo; per questo rilievo v. D’ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenza straniera con motivazione omessa o insufficiente*, in *Int’l L.J.*, 2007, 127. Sul tema v. TROCCEN, *Dal “giusto processo” all’effettività dei rimedi. L’azione nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Il diritto processuale civile nell’avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Atarfi*, cit., 455 ss.

<sup>46</sup> Art. 111, co. 5, della nostra Carta costituzionale.

<sup>47</sup> Nel testo modificato dalla legge 18 giugno 2009, n. 69; sulle modifiche v. di recente TARUFFO, *Adatto alla motivazione?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 375 ss.

<sup>48</sup> V. di recente Consiglio di Stato, 20 maggio 2014, n. 2600; Cass., 24 settembre 2013, n. 21800 in cui si ammette la sommarietà della motivazione in ragione del tipo di procedimento in cui è resa.

<sup>49</sup> In questi termini CHIAZZONI, *La verità presa sul serio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 702. L’Autore – in *Giusto processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir. Annali*, II, 1, Milano 2009, 403 ss. – ritiene peraltro che la motivazione sia una garanzia rinunciabile dalle parti: ciò premesso propone l’introduzione della motivazione a richiesta.

za della Corte di giustizia sia la nostra Corte di Cassazione<sup>50</sup> che, seppure in materia tributaria, ha affermato che

“L’obbligo di motivazione rappresenta la prima garanzia del giusto processo di cui alla novella dell’art. 111 Cost., in ossequio al principio che, se pur non contemplato dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, è stato desunto dalla Corte di Strasburgo proprio dal riferimento convenzionale al *procès équitable*”

sia il giudice del merito<sup>51</sup> secondo il quale

“La funzione della motivazione è quella di consentire che l’iter logico-giuridico seguito dal giudice nella decisione sia sottoposto ad un triplice controllo: del giudice (estensore / membri del collegio), per verificare il ragionamento seguito (c.d. controllo interno); delle parti, al fine di consentire, mediante l’impugnazione (impossibile in assenza di motivazione), un pieno ed effettivo esercizio del diritto di difesa (c.d. controllo esterno); da parte dei cittadini e dello Stato al fine di verificare che di giurisdizione si sia trattato e non di arbitrio (c.d. «controllo democratico»). La motivazione è dunque un portato di civiltà giuridica ed una garanzia di legalità della giurisdizione. Per quanto semplificata e ridotta all’essenziale, essa deve in ogni caso sussistere perché si possa parlare di giurisdizione”.

Parrebbe, dunque, ragionevole ritenere che sia quantomeno discutibile la riconoscibilità di un provvedimento straniero che non si conformi al nostro dettato costituzionale soprattutto alla luce del principio, già affermato dalla Corte di giustizia nel caso *Krombach*, più volte richiamato, secondo cui “*spetta all’ordinamento nazionale ricostruire la nozione di ordine pubblico salvo l’individuazione da parte sua dei limiti entro cui il giudice ad quem deve operare*”: l’autonomia di giudizio garantita agli organi giurisdizionali nazionali è, infatti, predisposta a consentire di far vale-

<sup>50</sup> Cass., ord., 27 gennaio 2014, n. 1531.

<sup>51</sup> Trib. Piacenza, 26 luglio 2013: nella decisione richiamata il giudice evidenzia come una violazione dell’ordine pubblico debba essere vagliata non solo alla luce del contenuto del provvedimento decisivo, ma anche delle modalità con cui la decisione è raggiunta. In modo analogo, la suprema Corte nell’ord. 27 gennaio 2014, n. 1531 richiamata nel testo ha dichiarato che “la motivazione giudiziale costituisce, invece, lo strumento col quale si realizza il controllo generalizzato sull’attività del giudice, in quanto svolta in nome del Popolo (art. 101 Cost.). Dunque la motivazione della sentenza è lo strumento col quale il giudice risponde del proprio agire ‘alla fonte della propria investitura’, consentendo al cittadino di esercitare un diffuso controllo democratico sulla sua attività”.

re, innanzi alla richiesta di esecutività del giudicato straniero, i valori fondamentali degli ordinamenti locali<sup>72</sup>.

La tardività della specifica contestazione in ordine alla sussistenza del difetto di motivazione e sulla effettività dell'esperimento del mezzo d'impugnazione non avrebbe comunque impedito di valutare se una decisione priva di esame della fondatezza della domanda e, solo in via consequenziale della sua motivazione, sia contraria all'ordine pubblico, fornendo al giudice nazionale un elemento in più nella ricostruzione di detta nozione in un'ottica europea<sup>73</sup>.

L'indicazione della Corte di giustizia nel caso in esame era infatti chiara, ma in nessun punto delle decisioni italiane l'elemento dell'assoluta carenza di verifica della fondatezza nel merito della *conspiracy claim* e della sua rilevanza nella valutazione della sussistenza della proporzionalità tra *overriding objective*, sotteso alle norme processuali inglesi, e sanzione comminata a seguito del *debarment from defending* è preso in considerazione: valutazione che – ci pare – avrebbe potuto essere svolta in ragione della vincolatività della statuizione della Corte di giustizia e indipendentemente dalle allegazioni di parte<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> In senso contrario, peraltro, la nostra giurisprudenza più risalente Cass. 18 maggio 1995, n. 5451 ha ritenuto che "tra i principi insiolabili posti, nel nostro ordinamento, a garanzia del diritto di difesa non rientra l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, in quanto l'art. 111, co. 1, cost che prevede tale obbligo, sancisce un assetto organizzativo della giurisdizione che attiene esclusivamente all'ordinamento interno". In modo analogo Cass. 25 giugno 2002, n. 9247. Più di recente Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781, pur ribadendo che il difetto di motivazione non integra violazione dell'ordine pubblico processuale, esuncia che esso assume rilevanza se, ai fini della verifica della conformità all'ordine pubblico materiale, sia necessario conoscere i criteri legali in concreto applicati dal giudice estero per qualificare la responsabilità e le conseguenti voci di danno ristorabili.

<sup>73</sup> In dottrina, infatti, ancor prima della decisione *Trade Agency*, cit., si era evidenziato come il giudice milanese, nel caso che si esamina, non avesse valutato la compatibilità con il nostro sistema processuale della carenza di motivazione genetica del provvedimento in esame: v. D'ALESSANDRO, *La Corte d'appello di Milano reputa il default judgment*, cit., 150.

<sup>74</sup> La circostanza è posta in luce da D'ALESSANDRO, *La Corte d'appello di Milano reputa il default judgment*, loc. cit., in relazione alla decisione della Corte d'appello di Milano insieme al rilievo che alcuna parola è stata spesa dal giudice del merito a proposito dei mezzi d'impugnazione spendibili contro il *default judgment* e l'*order assessing damages*. Lo rileva anche WINKLER, *Circolazione delle decisioni consuetudinali*, 583 in riferimento alla stessa decisione.

#### SEZIONE QUARTA NUOVI SPUNTI EVOLUTIVI

**IL REGIME UNIFORME DI LIBERA CIRCOLAZIONE EUROPEA DELLE DECISIONI: I LIMITI ENTRO I QUALI È VINCOLATA LA VALUTAZIONE DEL GIUDICE DI DESTINAZIONE**

di Margherita Salvadori

Ulteriori chiarimenti sull'applicazione della nozione di manifesta contrarietà all'ordine pubblico del foro quale limite alla libera circolazione europea delle decisioni sono rinvenibili in alcune sentenze della Corte di Giustizia successive al caso Gambazzi. In particolare tre decisioni paiono meglio chiarire le regole che devono essere seguite dai giudici europei richiesti del riconoscimento di una decisione proveniente da un altro Stato membro dell'Unione: il caso *Trade Agency* del 2012, il caso *Fly-LAL* del 2014 ed il caso *Diageo Brands* del 2015.

Nel caso *Trade Agency* la questione si presenta in occasione di un procedimento volto alla dichiarazione di esecutività in Lettonia di una sentenza contumaciale emessa dalla *High Court* inglese, in cui si condannava la società convenuta, la *Trade Agency Ltd.*, al pagamento di una somma di denaro, con la seguente motivazione:

*"La convenuta non si è costituita in giudizio a seguito della citazione notificata. Di conseguenza, è condannata a pagare alla ricorrente la somma di GBP 289.112,10 maggiorata degli interessi maturati fino alla data della presente decisione e GBP 130 per le spese. In totale deve pagare alla ricorrente la somma di GBP 293.258,98<sup>1</sup>."*

In questo caso quindi la società contumace – ma non per contumacia forzata in seguito di un'ordinanza di *debarment*<sup>2</sup> – viene

<sup>1</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, 6 settembre 2012, C-619/10, *Trade Agency Ltd c. Xeramico Investments Ltd*, in corso di pubblicazione, v. paragrafo 16. In dottrina M. STELLA, *Default judgments inglesi alla prova dell'ordine pubblico processuale europeo, tra aneliti deflativi esasperati e superiori istanze di un'equa tutela del contumace*, in *Int'l Ls*, 2012 pp. 171 ss.

<sup>2</sup> Ricordiamo infatti che l'avv. Gambazzi si era regolarmente costituito nel procedimento inglese ed è stato successivamente oggetto di un'ordinanza di *debarment* che gli ha imposto la contumacia forzata (v. *supra* sez. I, cap. 3). Nel caso in esame la *Trade Agency*, invece, non partecipa in alcun modo al procedimento inglese ed in



condannata senza che venga in alcun modo esaminata la fondatezza della domanda attorea, ma unicamente sulla base dell'avvenuta contumacia del convenuto. Il giudice richiesto dell'esecuzione, a fronte dell'opposizione, pone una questione interpretativa alla Corte di Giustizia:

*"Se una decisione emessa in contumacia, con cui si dirime nel merito una controversia senza esaminare né l'oggetto della domanda né le basi su cui si fonda e che non espone alcun argomento sulla fondatezza della domanda nel merito, sia conforme all'articolo 47 della Carta e non violi il diritto del convenuto ad un processo equo, stabilito da tale disposizione"*<sup>2</sup>.

Anche nella decisione *Trade Agency*, come già avvenuto nel caso *Gambazzi*, vengono in rilievo i limiti entro i quali il giudice di uno Stato membro richiesto dell'esecuzione possa ricorrere alla nozione di ordine pubblico per non consentire l'ingresso nel suo ordinamento della decisione emessa in un altro Stato membro. Ed anche in questo caso si profilavano possibili violazioni dell'ordine pubblico processuale del foro per mancato rispetto del contraddittorio, quindi del diritto ad un equo processo, cui si aggiunse la mancanza, o la carenza, della motivazione di una decisione giudiziale quali ostacoli alla proposizione di un mezzo di impugnazione. Il punto è ben chiarito nelle conclusioni dell'avvocato generale, Juliane Kokott<sup>3</sup>:

sede di opposizione alla dichiarazione di esecutività della sentenza inglese contesta, tra l'altro, la regolarità della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio inglese.  
<sup>2</sup> Nel caso *Trade Agency* viene proposta anche un'altra questione pregiudiziale relativa alla portata del controllo spettante al giudice dello Stato richiesto sulla notificazione o comunicazione della domanda introduttiva, cioè se il giudice richiesto dell'esecuzione possa controllare se l'atto introduttivo del giudizio sia stato regolarmente notificato o comunicato al convenuto oppure l'attestato rilasciato dallo Stato d'origine, in forza dell'art. 54 del regolamento 44/2001, e contenente diversi dati fondamentali del procedimento, abbia efficacia vincolante nell'ordinamento dello Stato richiesto. La Corte, in coerenza con la sua precedente giurisprudenza, ha stabilito che il giudice dello Stato membro richiesto dell'esecuzione è competente a verificare la concordanza tra le informazioni contenute nell'attestato e le prove portate dall'opponente, in questo modo garantendo che i diritti del convenuto contumace nel corso del procedimento giurisdizionale siano garantiti da un sistema di duplice controllo della regolarità della notificazione o comunicazione dell'atto introduttivo, sia da parte del giudice dello Stato d'origine sia da parte del giudice dello Stato richiesto.

<sup>3</sup> Pare utile evidenziare che le tre decisioni della Corte di Giustizia analizzate in questo lavoro, caso *Gambazzi*, caso *Trade Agency* e caso *Fly-LAL*, sono state tutte precedute dal parere dello stesso Avvocato generale, la prof. Juliane Kokott.

*"L'obbligo di motivazione delle decisioni giurisdizionali persegue un duplice obiettivo. Da un lato, esso è volto a garantire che venga soddisfatto il diritto al contraddittorio, vale a dire che il giudice valuti sufficientemente le argomentazioni delle parti. (...) Dall'altro lato, però, l'obbligo di motivazione è volto a mettere la parte soccombente nella condizione di poter usufruire in modo utile dei mezzi di impugnazione a sua disposizione. La parte soccombente deve poter comprendere le ragioni in forza delle quali è stata condannata. Diversamente non sarebbe neppure possibile stabilire la portata dell'autorità di cosa giudicata della decisione e un attore potrebbe pertanto ottenere un altro titolo sulla base del medesimo credito"* (punti 84 e 85 delle conclusioni).

Affinché sia rispettato il diritto all'equo processo, il convenuto, sebbene contumace, deve essere informato sui motivi della domanda attorea e sui motivi posti a fondamento della decisione. Se questo non avviene, il convenuto viene di fatto privato del diritto ad impugnare la decisione contumaciale.

Interessante notare come nelle conclusioni del caso *Trade Agency* siano presenti alcune affermazioni che offrono un chiaro collegamento con il caso *Gambazzi*:

*"Tra i diritti della difesa rientra il diritto del convenuto al contraddittorio. La mancata possibilità effettiva per il convenuto di contestare la domanda all'interno di un processo civile, prima che venga adottata una decisione giudiziale, e di essere così sentito, lede il diritto fondamentale ad un equo processo. (...) Il diritto al contraddittorio viene invece già garantito laddove venga accordata alla parte convenuta una possibilità effettiva di farlo. Se essa non se ne avvale, è sua responsabilità, potendovi anche rinunciare (...) I diritti di difesa non sono infatti garantiti senza restrizioni. Queste, tuttavia, devono rispondere effettivamente ad obiettivi d'interesse generale perseguiti dal provvedimento di cui trattasi e non costituire, rispetto allo scopo perseguito, una violazione manifesta e smisurata dei diritti così garantiti"* (punti 76, 77 e 78 delle Conclusioni).

Il parallelismo tra il caso *Trade Agency* e quello *Gambazzi* è espressamente valorizzato dall'Avvocato generale:

*"Se una parte, che è a conoscenza dell'atto introduttivo diretto contro di lei, non si difende, questa si assume il rischio di una condanna. (...) Laddove detta parte comunque non si opponga alla domanda, il diritto ad un equo processo non impone, a mio avviso, un esame della fondatezza volto a tutelare ulteriormente la parte convenuta rimasta contumace dal rischio di una decisione che potrebbe non essere corretta nel merito. (...) I diritti processuali fondamentali del convenuto sono tuttavia sufficientemente tutelati"*

se questi può esporre la propria posizione sui fatti in modo efficace e se gli è data la possibilità di impugnare la decisione contumaciale. Sotto questo profilo, la fattispecie in parola si distingue da quella oggetto della causa *Gambazzi*. In quest'ultimo caso si trattava di una contumacia forzata del convenuto disposta dal giudice a titolo di sanzione. Il convenuto, pur volendo partecipare al procedimento, è stato escluso dalla successiva udienza e, pertanto, è stato trattato come un convenuto contumace, non avendo adempiuto agli obblighi derivanti da un'altra decisione emessa nell'ambito del medesimo procedimento. In tale contesto la Corte ha ritenuto occorrente verificare, nel quadro di una valutazione complessiva, se la fondatezza delle domande fosse stata, in questa fase o in una fase precedente, oggetto di esame e se il convenuto, in tale fase o in una fase precedente, avesse avuto la possibilità di esprimersi in materia e avesse avuto a disposizione un mezzo di impugnazione" (punti 93 e 94 delle Conclusioni).

La decisione della Corte, invece, non dà spazio a prospettazioni diverse da quelle precedentemente affermate e investe nuovamente il giudice del rinvio dell'onere di verificare l'effettivo rispetto del diritto all'equo processo nei procedimenti civili:

*"spetta comunque al giudice del rinvio verificare, alla luce delle circostanze concrete della controversia principale, che la limitazione istituita dal sistema processuale del Regno Unito non sia manifestamente sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito (v., in tal senso, sentenza Gambazzi, cit., punto 34)"* (paragrafo 59).

Quindi il giudice del rinvio, in questo caso il giudice lettone, dovrà valutare

*"in particolare se e in quale misura la Trade Agency abbia avuto conoscenza della memoria dettagliata recante le conclusioni della Seramico, nonché i mezzi di ricorso di cui la Trade Agency disponeva, dopo la pronuncia di detta decisione, al fine di chiederne la riforma o la revoca"* (paragrafo 61).

Nel dispositivo della decisione *Trade Agency*, dopo aver affermato che il giudice richiesto dell'esecuzione, in forza della clausola dell'ordine pubblico, non può rifiutare l'esecuzione della decisione resa in contumacia e priva di motivazione, in via d'eccezione, consente detto rifiuto nel caso in cui non sia rispettato il diritto del convenuto contumace a poter proporre un mezzo di impugnazione.

Nel caso *Fly-LAL*<sup>5</sup> la questione del rispetto dell'ordine pub-

<sup>5</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, 23 ottobre 2014, C-302/13, *Fly-LAL-Lithuanian*

blico processuale del foro si presenta in relazione ad una decisione di sequestro conservativo, reso nell'ambito di una controversia di risarcimento del danno per violazione del diritto europeo della concorrenza. In particolare la decisione del giudice lituano sembra apparire in contrasto con l'ordine pubblico processuale lettone attesa l'insufficiente motivazione sulla determinazione del *quantum*<sup>6</sup>. Dopo aver ricordato che il regime del riconoscimento e dell'esecuzione stabilito dal regolamento 44/2001 si fonda sulla reciproca fiducia nella giustizia all'interno dell'Unione europea e che il giudice richiesto dell'esecuzione deve limitarsi ad un semplice controllo formale dei documenti provenienti dallo Stato d'origine della decisione, sia l'Avvocato generale, sia la Corte, confermano che il rispetto del diritto a un equo processo richiedono che le decisioni giudiziarie siano motivate per poter consentire al convenuto di comprendere le ragioni per le quali è stato condannato e di proporre eventualmente ricorso contro la decisione in modo utile ed effettivo.

Tuttavia, in punto mancanza di motivazione relativamente alle modalità di determinazione dell'importo stabilito nel provvedimento di sequestro conservativo, la Corte ritiene non poter rilevare alcuna violazione dell'ordine pubblico che possa giustificare il rifiuto da parte del giudice lettone del sequestro conservativo lituano. Infatti nella prospettazione della Corte:

*"la portata dell'obbligo di motivazione può variare a seconda della natura della decisione giudiziaria di cui trattasi, e dev'essere analizzata in relazione al procedimento considerato nel suo complesso e sulla base dell'insieme delle circostanze pertinenti, tenendo conto delle garanzie procedurali da cui tale decisione è contornata, al fine di verificare se queste ulti-*

*Airlines AS in liquidazione c. Starptautiska lidosta Riga VAS, Air Baltic Corporation AS*, in corso di pubblicazione. Le Conclusioni dell'Avvocato generale Julianne Kokott sono state presentate il 3 luglio 2014.

<sup>6</sup> Nel caso *Fly-LAL* vengono proposte anche altre questioni pregiudiziali relative all'ambito di applicazione del regolamento 44/2001 alle norme statali disciplinanti le tasse aeroportuali, all'individuazione della competenza esclusiva in materia di validità delle decisioni degli organi societari a favore del giudice della sede societaria, oltre che alla nozione di riconoscimento manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato richiesto, non solo in punto motivazione del provvedimento giudiziale, ma anche in punto gravità della condanna che potrebbe ripercuotersi sugli interessi economici dello Stato in cui viene richiesto il riconoscimento.

me garantiscono agli interessati la possibilità di proporre ricorso contro detta decisione in maniera utile ed effettiva" (paragrafo 52).

È di tutta evidenza che il costante richiamo all'art. 6 della Convenzione europea (diritto all'equo processo) ed all'art. 47, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali (diritto dell'individuo a che la sua causa sia esaminata equamente), non possano superare il divieto di controllo ad opera del giudice richiesto del riconoscimento delle valutazioni di merito, in fatto ed in diritto, operate dal giudice dello Stato membro d'origine della decisione, né inficiare il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giurisdizionali nello spazio giudiziario europeo.

Nemmeno può essere invocato l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali. Il livello di protezione stabilito da detto articolo richiede che nessuna disposizione della Carta possa essere interpretata come limitativa, o lesiva, dei diritti fondamentali riconosciuti dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale e dalle convenzioni internazionali, in particolare dalla Convenzione europea, e dalle Costituzioni nazionali. Coerentemente con questa norma, la Corte di Giustizia ha affermato che l'applicazione di standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali non deve compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta, e neppure il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> La questione è puntualmente risolta nel punto 60 della sentenza Melloni del 2013: "È vero che l'articolo 53 della Carta conferma che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione". Sentenza della Corte di giustizia 26 febbraio 2013, C-399/11, *Stefano Melloni e Ministero Fiscale*, relativa all'esecuzione di una pena in un altro Stato membro in applicazione alla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo. Tra i numerosi commenti della decisione si segnalano: CASTELLANETA, *Il mandato d'arresto non può essere vincolato a una revisione del processo in contumacia. La scelta dei giudici del Lussemburgo è per il primato del diritto UE sulla Costituzione*, in *Guida al Diritto*, 2013, n. 13, pp. 97ss.; EVIDENZI, *Addressing rights divergence under the Charter: Melloni*, in *Common Market Law Review*, 2013, pp. 1083 ss.; LAVRANOS, *I casi Melloni e Åkerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2013 pp. 454 ss.; VECCHIO, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2013 pp. 229 ss.; SKOCERN, *La Corte di giustizia e il bi-*

Proprio la nozione di unitarietà del diritto dell'Unione è al centro del parere reso dalla Corte di giustizia il 18 dicembre 2014<sup>8</sup> relativamente all'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>9</sup>. In questo parere, riaffermando la peculiarità dell'ordinamento giuridico dell'Unione, la Corte ha ricordato che gli Stati membri non possono invocare standard di tutela dei diritti più alti di quelli dell'Unione quando, in un settore ove sia intervenuta un'armonizzazione, si debba decidere sull'applicazione di una norma dell'UE di cui deve essere riconosciuto il primato rispetto alle norme degli ordinamenti nazionali<sup>10</sup>.

lanciamiento marcado (a margine della sentenza Melloni), in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2013, pp. 399 ss.; VAN DEN SANDEN, *Livello di tutela dei diritti fondamentali e art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: nuove indicazioni della Corte di giustizia sulla nozione di interpretazione conforme*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, pp. 620 ss.; LASZONI, *New Wine into Old Wineskins: The Scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Åkerberg Fransson*, in *European Law Review*, 2013, pp. 866 ss.; VELDY-FÓGLIA, *De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2013, pp. 267 ss.

<sup>8</sup> Parere 2/13 del 18 dicembre 2014, in corso di pubblicazione. Tra i primi commentatori L.S. ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, in <http://www.sidi-ital.org/sidiblog/?p=1228>; ENTORRAL COSTANER, *The EU's Accession to the ECHR - a "NO" from the ECJ*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 1 ss.; ZAVONI, *La mancata adesione dell'Unione Europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in *Rivista OJDU*, 2015, p. 129 ss.; ZACHARIELSKY, *L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia*, in <http://www.sidi-ital.org/?p=7891>.

<sup>9</sup> L'art. nell'articolo 6, comma 2, del TUE, come modificato dal Trattato di Lisbona del 2009, ed il Protocollo n. 8 prevedono l'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; con il parere 2/13 la Corte di giustizia ha ritenuto contraria al diritto dell'Unione la proposta di accordo che era stata definita nel 2013 dalla Commissione UE.

<sup>10</sup> In Particolare la Corte ha affermato: "Tali caratteristiche essenziali del diritto dell'Unione hanno dato vita ad una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano, in modo reciproco, l'Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché, tra di loro, gli Stati membri, ormai impegnati - come ricordato all'articolo 1, secondo comma, TUE - in un «processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa». Una siffatta costruzione giuridica poggia sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, così come precisato all'articolo 2 TUE. Questa premessa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli

Di conseguenza il giudice che decida sull'opposizione all'esecuzione di una decisione proveniente da un altro Stato membro dell'Unione ha un ristrettissimo margine di valutazione in relazione all'eventuale violazione dell'ordine pubblico processuale del foro.

In questa prospettiva si inserisce il caso *Diageo Brands*<sup>11</sup> ove la Corte di giustizia conferma la delimitazione della nozione di ordine pubblico del foro nell'interpretazione dei regolamenti UE alla luce del divieto di riesame nel merito della decisione emessa in un altro Stato membro. Quanto alla violazione delle garanzie di ordine procedurale viene chiaramente affermato il primato dell'ordinamento d'origine rispetto a situazioni processuali quando queste siano state sanate, o fossero suscettibili di esserlo, in detto ordinamento.

Il caso di specie trae origine da una decisione bulgara relativa all'illegittimità della richiesta di sequestro di una partita bottiglie di whisky del marchio «Johnny Walker» importate in Bulgaria senza autorizzazione del titolare del marchio. Successivamente, la società bulgara Simiramida adiva i giudici olandesi chiedendo il risarcimento del danno patito in ragione dell'esecuzione provvedimento cautelare di sequestro. La società olandese Diageo Brand si opponeva sostenendo che la decisione proveniente dall'ordinamento bulgaro non potesse essere riconosciuta nei Paesi Bassi in quanto manifestamente contraria all'ordine pubblico europeo.

Rispondendo alla domanda pregiudiziale formulata dal giudice olandese, la Corte ha precisato:

*«Il sistema di riconoscimento e di esecuzione previsto dal regolamento n. 44/2001 è fondato sulla reciproca fiducia nella giustizia in seno all'Unione. È tale fiducia – che gli Stati membri accordano reciprocamente ai loro sistemi giuridici e alle loro istituzioni giudiziarie – che permette di ritenere che, in caso di errata applicazione del diritto nazionale o del diritto dell'Unione, il sistema di rimedi giurisdizionali istituito in ciascuno Stato membro, integrato dal meccanismo del rinvio pregiudiziale di cui*

*Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, dunque, al rispetto del diritto dell'Unione che li amano»,* paragrafi 167 e 168 del parere 2013.

<sup>11</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, 16 luglio 2015, C-681/13, *Diageo Brands BV c. Simiramida-04 FOOD*, in corso di pubblicazione.

*all'articolo 267 TFUE, fornisca una garanzia sufficiente ai soggetti giuridici interessati (...) i soggetti di diritto sono tenuti, in linea di principio, ad utilizzare tutti i mezzi di ricorso offerti dal diritto dello Stato membro di origine»* (paragrafi 63-64).

#### Nella prospettazione della Corte di Giustizia

*«se la Diageo Brands avesse interposto appello contro detta decisione, un tale errore, anche a supporre che sia stato commesso, avrebbe potuto essere corretto dal giudice del gravame. (...) In secondo luogo, se fosse stata successivamente proposta un'impugnazione dinanzi al Varhoven kasatsionen sad, quest'ultimo, in quanto giudice nazionale avverso le cui decisioni non può proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, TFUE, avrebbe dovuto, in linea di principio, adire la Corte (...). Un'ingiustificata omissione, da parte di detto giudice, di adempiere tale obbligo, avrebbe avuto quale conseguenza di far sorgere la responsabilità della Repubblica di Bulgaria conformemente alle regole definite dalla Corte al riguardo»* (paragrafi 65-66).

#### Di conseguenza

*«Il giudice dello Stato richiesto, quando verifica l'eventuale esistenza di una violazione manifesta dell'ordine pubblico di quest'ultimo, deve tener conto del fatto che, tranne in circostanze particolari che rendano eccessivamente difficile o impossibile l'esperimento dei mezzi di ricorso nello Stato membro di origine, i soggetti giuridici interessati devono avvalersi in tale Stato membro di tutti i rimedi giurisdizionali disponibili al fine di prevenire a monte una siffatta violazione».*

È di tutta evidenza che lo spazio giudiziario europeo svaporebbe qualora uno Stato membro volesse operare un controllo sistematico sul rispetto dei diritti fondamentali da parte di un altro Stato membro. Un tale controllo può essere effettuato soltanto in casi eccezionali e in funzione dei parametri interpretativi stabiliti dalla Corte di Giustizia. In particolare nell'ordinamento dello Stato richiesto dovrebbe rilevare unicamente una violazione manifesta di una norma giuridica considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dell'Unione, e quindi in quello stesso Stato, o di un diritto riconosciuto come fondamentale nell'ordinamento.

La reciproca fiducia degli Stati membri, fondata sull'equivalenza dei rispettivi sistemi nazionali nella risoluzione della controversia concreta, è infatti uno dei principi su cui si fonda il regime uniforme della libera circolazione delle decisioni tra paesi dell'Unione e la certezza del diritto nello spazio giudiziario europeo.

## INDICE DEI PROVVEDIMENTI

- 1) Verbale udienza 23 maggio 1997
- 2) Court of appeal 6 maggio 1998
- 3) Court of appeal 29 ottobre 1997
- 4) High Court 10 luglio 1998
- 5) High Court of Justice 10 dicembre 1998
- 6) High Court of Justice 17 marzo 1999
- 7) High Court of Justice – Giudice Etherthon 3 febbraio 2003
- 8) Court of Appeal – Giudice Arden 30 giugno 2004
- 9) Tribunal de Grande Instance de Paris ordinanza 3 dicembre 2004
- 10) Cour d'appel de Paris sentenza 5 ottobre 2000 (decisione parziale)
- 11) Cour d'appel de Paris sentenza 14 giugno 2001
- 12) Cour de Cassation de Paris sentenza 30 giugno 2004
- 13) Tribunal de Luxembourg ordinanza 14 dicembre 2004
- 14) Tribunale d'appello del Cantone del Ticino sentenza 25 febbraio 2004
- 15) Corte civile del Tribunale Federale svizzero sentenza 9 novembre 2004
- 16) Corte civile del Tribunale Federale svizzero sentenza 15 novembre 2005 (domanda di revisione)
- 17) Tribunal de Première Instance de Monaco ordinanza 4 dicembre 2008
- 18) Supreme Court New York 26 febbraio 2006
- 19) Supreme Court New York 1 settembre 2006
- 20) Supreme Court, Appellate division, New York 28 maggio 2002 (procedimento in opposizione al riconoscimento instaurato da Mora e Chascona)
- 21) Court of Appeal New York 8 maggio 2003
- 22) App. Milano, decr. 17.12.2004
- 23) prere Briggs
- 24) parere Andrews
- 25) parere De Cristofaro
- 26) Corte di giustizia, C-394/07, Gambazzi:  
questione pregiudiziale proposta dalla Corte d'Appello di Milano  
pervenuta in cancelleria il 22 agosto 2007  
conclusioni, avv. gen. Julianne Kokott, 18 dicembre 2008  
sentenza 2 aprile 2009
- 27) App. Milano 14 dicembre 2010
- 28) Cass. 9 maggio 2013 n. 11021

- 29) Corte di giustizia, C-619/10, *Trade Agency*  
Questione pregiudiziale proposta dall'Augstākās Tiesas Senāts  
(Lettonia) pervenuta in cancelleria il 29 dicembre 2010  
Conclusioni, avv. gen. Juliane Kokott, 26 aprile 2012  
Sentenza 6 settembre 2012
- 30) Corte di giustizia, C-302/13, *Flylial-Lithuanian airlines*  
questione pregiudiziale proposta dall'Augstākās Tiesas Senāts  
(Lettonia), pervenuta in cancelleria il 3 giugno 2013  
Conclusioni, avv. gen. Juliane Kokott, 3 luglio 2014  
Sentenza 23 ottobre 2014
- 31) Corte di giustizia, c-681/13, *Diageo Brands BV*,  
questione pregiudiziale proposta dall'Hoge Raad der Nederlanden  
(Olanda), pervenuta in cancelleria il 23 dicembre 2013  
Conclusioni, avv. gen. Maciej Szpunar, 3 marzo 2015  
Sentenza 16 luglio 2015