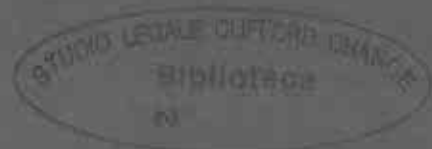


Int'l Lis

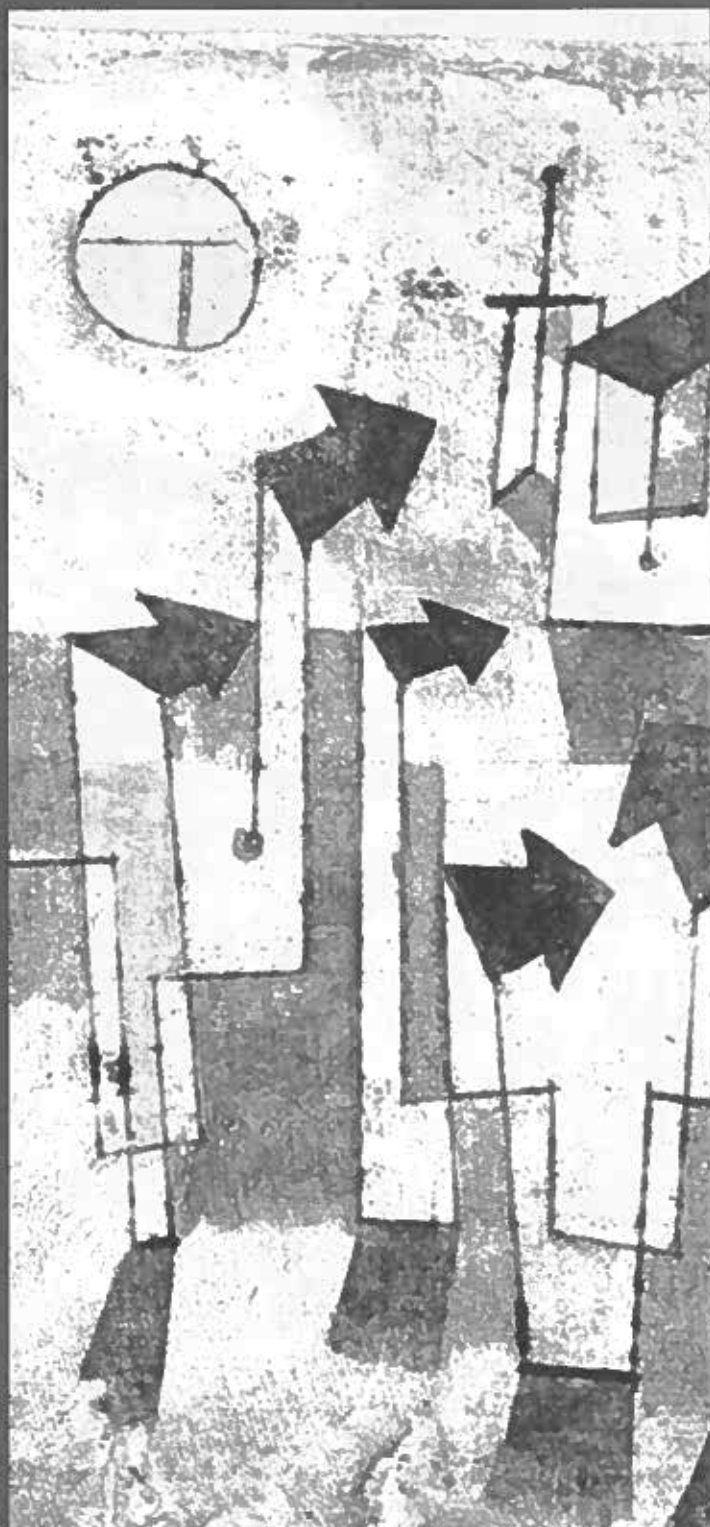
SUPPLEMENTO DI DOCUMENTAZIONE E DISCUSSIONE SUL DIRITTO GIUDIZIARIO TRANSNAZIONALE

DIREZIONE E REDAZIONE STRADA 1 PALAZZO FG - 20090 MILANO (FO) ASSAGO www.ipsos.it



IPSOA SCUOLA D'IMPRESA

2 Primavera/Estate 2003



Cronache

*Giurisdizione e riconoscimento
nella giurisprudenza della
Corte UE*

Focus su il Corriere Giuridico

*Diritti umani
e garanzie fondamentali*

*Problemi di diritto processuale
internazionale industriale*

*Problemi di diritto processuale
internazionale francese*

*Problemi di diritto processuale
internazionale austro-tedesco*

*Problemi di diritto processuale
internazionale olandese*

*Problemi di diritto processuale
internazionale anglosassone*

*Problemi di diritto processuale
internazionale italiano*

*Problemi di diritto processuale
internazionale di altri Paesi*

Antologia

Il caso del trimestre

Indice librario

D. Hermann, *Die Anerkennung US-amerikanischer Urteile in Deutschland unter Berücksichtigung des ordre public - Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum „Justizkonflikt“ zwischen Deutschland und den USA*, ed. Peter Lang, Frankfurt (M), 2000, 301

C. Greiner, *Die Class action im amerikanischen Recht und deutscher ordre public*, ed. Peter Lang, Frankfurt (M), 1998, 267

Ecco altre due dense monografie in tema di ordine pubblico e riconoscimento di sentenze straniere (nella specie statunitensi), nella prospettiva della dottrina e giurisprudenza tedesche. Argomento che, per la verità, conta già ampie trattazioni, ma che conserva ciononostante un intatto interesse scientifico e pratico per i numerosi profili problematici coinvolti.

L'opera di Hermann, di respiro più ampio, esamina una serie di istituti di diritto americano e ne valuta partitamente la compatibilità (nella prospettiva del riconoscimento in Germania di una sentenza americana che su questi istituti si basi) con l'ordinamento tedesco, vale a dire con i principi e le regole che ivi concorrono a formare la nozione di *ordine pubblico*. L'opera è suddivisa in tre parti.

Nella prima, la trattazione dal carattere essenzialmente introduttivo (ci si sofferma, da un lato, sui fondamenti giuridici del riconoscimento di sentenze straniere in generale, e in particolare nel rapporto USA-Germania; dall'altro sull'ambito di applicazione dell'art. 328 ZPO e sull'esame dei presupposti di riconoscibilità da esso previsti), non osta ad un'analisi approfondita e critica di teorie dottrinali e orientamenti giurisprudenziali sul fenomeno *lato sensu* inteso del riconoscimento di sentenze straniere. Oggetto di insistito esame, sotto i diversi profili di volta in volta rilevanti, è ad esempio la cd. "*Kalifornien-Entscheidung*" (BGH, 4 giugno 1992) che, operando la valutazione di compatibilità con l'ordine pubblico tedesco di una sentenza statunitense fondata sugli istituti della *pretrial discovery* e dei *punitive damages*, ha proceduto a scindere il contenuto della sentenza al fine di un suo riconoscimento parziale (limitato in sostanza a quella parte della sentenza che riconosceva all'attore il diritto al risarcimento di danni astrattamente contemplati dal diritto tedesco: indennizzo per le cure mediche effettivamente ricevute e per quelle future, per il prevedibile necessario ricovero dell'attore in un istituto di assistenza, per i danni morali/biologici etc.). Notevole poi l'approfondimento - condotto attraverso il filtro delle proposte interpretative dottrinali e dei pronunciamenti giurisprudenziali - sul fenomeno del riconoscimento parziale, che abbraccia la cd. scindibilità orizzontale e verticale delle sentenze, il possibile parziale riconoscimento di sentenze oggettivamente *efo* soggettivamente cumulative, e la peculiare scindibilità di una pretesa unitaria.

La seconda parte dell'opera ha un carattere prevalentemente descrittivo-qualificatorio. L'A. illustra le diverse classificazioni della nozione di ordine pubblico, così come elaborate (dalla giurisprudenza, ma soprattutto) dalla dottrina (principalmente) tedesca, distinguendo tra "*kollisionsrechtlicher*" e "*anerkenntnisrechtlicher*" *ordre public*, tra o.p. di diritto materiale e o.p. di diritto processuale, tra o.p. interno e o.p. internazionale, transnazionale, universale, interlocale, politico ed europeo. Si tratta di nozioni che, pur dotate di autonomia, finiscono inevitabilmente per (a volte, almeno parzialmente) sovrapporsi, accomunate d'altra parte - ma si badi che questa è la visione personale dell'A., in contrasto con esponenti anche autorevoli della dottrina tedesca - dalla loro efficacia (esclusivamente) negativa (*negative Wirkungsweise*), consistente nella, rispettivamente, disapplicazione di una legge straniera (individuata dalle norme di d.i.p.) o nel rifiuto di riconoscere una sentenza straniera, che siano in contrasto con regole e principi fondamentali dell'ordinamento che tale legge o tale sentenza dovrebbe recepire. L'individuazione di questo elemento comune non consente tuttavia di elidere l'estrema difficoltà di pervenire ad un nitido e preciso inquadramento della nozione di o.p., che del resto rinvia per la propria concretizzazione a concetti altrettanto vaghi ed indeterminati (quali lo "scopo di una legge" - tedesca -, i "principi fondamentali", la nozione di "buon costume").

Nella terza ed ultima parte, senza dubbio la più "creativa" e perciò accattivante, si affronta la questione della compatibilità con l'o.p. tedesco di sentenze che siano state emanate in applicazione di

istituti di diritto americano estranei alla tradizione dell'ordinamento tedesco. E così, in tema di competenza si scandagliano le ipotesi di *exorbitant jurisdiction* ("*long arm statutes*", "*transient jurisdiction*", "*Zuständigkeitsdurchgriff*") - sulla legittimità delle quali l'A. manifesta più che giustificate perplessità, indubbiamente condivisibili dal giurista di tradizione europea. Di grande interesse risulta in tale contesto l'illustrazione analitica di casi pratici in cui il giudice americano si è ritenuto competente, in virtù delle suddette regole (il riferimento è ai celebri casi *World-Wide Volkswagen v. Woodson*; *Helicopters Nationales de Columbia v. Hall*; *Piper Aircraft v. Reyno*). L'esame di compatibilità con l'ordine pubblico tedesco procede poi con riferimento alla possibilità di non autorizzare la notificazione in Germania degli atti iniziali di un procedimento civile statunitense ove si sia assunta giurisdizione in base ai criteri esorbitanti appena menzionati, e ai casi di sentenze emesse al termine di un procedimento con chiamata di un terzo (che può avvenire attraverso le differenti vie del *vouching in* e della *third-party-complaint*), o di procedimenti caratterizzati dalla "*pretrial discovery*", dalla presenza di "*class action*", dalla giuria, senza dimenticare la spinosa questione dei criteri di attribuzione dei costi *lato sensu* processuali, e, più ampiamente, dei *punitive damages* (sul cui - a volte stratosferico - ammontare è fornita una opportuna rassegna di casi esemplari: *Grimshaw v. Ford Motor*; *Moseley v. General Motor*; *Big O Tire Dealers v. Goodyear*; *BMW of North America v. Ira Gore Jr.*). Con significative e non isolate eccezioni, l'A. conclude per la compatibilità, in generale, di tali istituti con l'ordine pubblico tedesco, ricostruendo in maniera condivisibilmente restrittiva una nozione che oggettivamente serva da "sbarramento" verso l'esterno *solamente* nei casi (invero poco frequenti) in cui sussista un rischio davvero grave e inaccettabile di "violazione" dei principi fondamentali dello Stato del riconoscimento, sì da favorire nella generalità dei casi il "traffico giuridico transnazionale" ed il rispetto della *comity* fra Stati.

La monografia di Greiner tratta invece la specifica tematica del riconoscimento in Germania di una sentenza statunitense avente ad oggetto la pronuncia su una *class action*. L'opera si articola in due parti: la prima dedicata all'analisi dell'istituto delle *class actions* così come regolato dal diritto americano, la seconda agli aspetti più propriamente internazionalprocessualistici del riconoscimento in Germania della sentenza pronunciata nei confronti della *class*. Una sintetica esposizione delle peculiarità che caratterizzano il sistema americano della giustizia civile (la dottrina dello *stare decisis*, la strutturale coesistenza di due diversi - anche se comunicanti - sistemi giuridici, quello statale e quello federale), funge da introduzione all'analisi di un istituto (la *class action*, appunto), il cui inquadramento sistematico avviene - oltre che mediante la delimitazione della sua funzione, congiuntamente individuata nel perseguimento dell'economia processuale, nelle esigenze di deterrenza e nella garanzia di una maggior effettività della tutela giuridica (soprattutto perché "*fits historic mission has been to take care of the smaller guy*") e della certezza del diritto (dovuta essenzialmente al convogliamento di potenzialmente illimitate azioni in un unico processo, al fine di ottenere un'unica definizione per - tendenzialmente - tutte le situazioni giuridiche connesse coinvolte nella *litigation*) - mediante l'individuazione dei casi tipici in cui esse vengono utilizzate, opportunamente illustrati con il supporto di una ricca rassegna giurisprudenziale. E così in *Eisen v. Carlisle & Jacquelin* il ricorso alla *class action*, in un caso di violazione della normativa Antitrust, ha permesso ad un piccolo investitore di conseguire il risarcimento, nonostante l'esiguo danno da lui subito (appena 70 dollari), nei confronti di due intermediari finanziari per il danno arrecato, oltre all'attore (divenuto nel caso di specie il *class Representative*), a circa sei milioni di persone. Parimenti azionabile mediante il ricorso ad una *class action* si è ritenuto il diritto al risarcimento del danno subito dai soci di minoranza in conseguenza delle speculazioni operate dal socio di maggioranza sfruttando informazioni riservate (*insider trading*).

Non riconducibili alla struttura delle *class actions*, pur se ad esse funzionalmente accostabili, sono invece le ipotesi di *derivative actions* (mediante le quali i singoli azionisti possono far valere i diritti della società contro lo stesso management o terzi: per un caso emblematico v. *Surowitz v. Hilton Hotels Corp*) nonché le azioni rela-

tive ad organismi non dotati di personalità giuridica (*unincorporated associations*): queste, a differenza delle *class actions*, presuppongono l'esistenza di una cerchia di soggetti ben determinati fin dalla proposizione dell'azione, ciascuno dei quali divenendo così qui davvero attore.

Le violazioni dei diritti civili (*in primis* le discriminazioni per ragioni di razza, religione, sesso) e la tutela dei consumatori costituiscono viceversa il campo privilegiato di applicazione delle *class actions* (come testimoniano i celebri casi *Re Agent Orange Product Liability*, in cui numerosi veterani della guerra del Vietnam, assieme ai loro familiari, convennero in giudizio il produttore di un defoliante ad elevata tossicità il cui utilizzo durante la guerra aveva loro provocato, in seguito, gravissimi danni alla salute; ma soprattutto i casi di processi nei confronti delle case produttrici di sigarette, che hanno interessato una moltitudine di *class members* e comportato risarcimenti miliardari).

Un breve *excursus* storico precede l'analisi della disciplina positiva (di cui alla Fed. R. Civ. P. Rule 23 del 1966) e l'esame dei presupposti da questa individuati per la proposizione di una *class action*: la competenza del giudice, l'esistenza di un gruppo di soggetti ("a *Class must exist*") aventi il medesimo interesse, di un numero di potenziali attori così alto da rendere impraticabile l'ipotesi del litisconsorzio (*numerosity*), la comunanza tra le questioni di diritto o di fatto sollevate dall'unica azione proposta e quelle pertinenti all'intera *class*, l'esistenza di un nesso tra il *named plaintiff* e il resto dei *class members* (*typicality*), l'adeguatezza della rappresentanza del gruppo ad opera dei soggetti che agiscono processualmente (*adequacy of representation*) (va in particolare ricordato, in relazione a quest'ultimo presupposto, il caso *Hansberry v. Lee*, in cui, in un'ipotesi di paventato *bis in idem*, venne riconosciuta l'adeguatezza della rappresentanza in capo all'attore nel secondo processo in ragione di una sostanziale diversità degli interessi da costui perseguiti rispetto a quelli riconducibili ai *class members* che erano stati parti sostanziali del primo processo); la necessità, infine, che dell'instaurazione della *class action* sia dato congruo avviso ai *class members*. Particolare attenzione è data poi alla problematica dell'efficacia della sentenza (*Rechtskraft und Vollstreckung*) nei confronti di questi ultimi. La letteratura straniera, e così anche quella certo non secondaria italiana, non viene tenuta presente.

La seconda parte, come si diceva, affronta la tematica del riconoscimento in Germania di una sentenza pronunciata in una *class action*. L'esame delle ipotesi di processo *lato sensu* "cumulativo/litisconsorzile" nel diritto tedesco (*Verbandsklage* ai sensi dei §§ 13 UOWG e 13 AGBG; sostituzione processuale; cessione fiduciaria; litisconsorzio necessario; *Musterprozessführung*), innanzitutto, conferma la peculiarità dell'istituto delle *class actions*, e la sua irriducibilità a fattispecie (similari ma appunto strutturalmente diverse) della tradizione giuridica continentale (e tedesca in particolare).

I problemi di compatibilità di esse con la clausola di ordine pubblico di cui all'art. 328, c. 1, n. 4 ZPO, poi, sono molteplici. Dal punto di vista dei *class members*, si profilano in particolare possibili (ma spesso non "reali") violazioni del principio del diritto ad essere sentiti personalmente (di cui all'art. 103, c. 1, *Grundgesetz*), se solo si pone mente al fatto che la maggior parte dei soggetti risulta "incorporata" nell'ente collettivo, che nasce nel e per il processo, attore che ruota attorno ai *class representatives*. La dottrina e giurisprudenza tedesche si sono peritate (con risultati peraltro che, come riconosce lo stesso Greiner, almeno dal punto di vista dogmatico non possono dirsi pienamente soddisfacenti) di ricostruire il fenomeno in modo tale da renderlo compatibile con il fondamentale principio di cui all'art. 103, c. 1: si è individuato - ma proposte più "esplicative" si troverebbero nella dottrina italiana e negli stessi USA - nel *class Representative* un "supplente", un rappresentante (*Stellvertreter*) cui esclusivamente attribuire la qualità di parte ai fini del diritto a partecipare al procedimento; oppure, secondo un'altra (un po' gracile) ricostruzione (Gottwald, Koch), un sostituto processuale, un legittimato straordinario che fa valere in nome proprio un diritto (anche) altrui, salva, in ogni caso, la facoltà di ciascun *class member* di spiegare intervento nel procedimento. Si aggiunga la (sia pure parziale e sostanzialmente "accettata") limitazione della garanzia costituzionale della "*Dispositionsmaxime*", non-

ché l'estensione dell'efficacia di giudicato in capo ai *class members*, problematica allorché, in relazione alle azioni di risarcimento danno, la sentenza, pur risultando favorevole ai *class members*, riconosca un diritto al risarcimento inferiore a quello che il singolo *class member* avrebbe potuto conseguire agendo *uti singulus*. Altri profili problematici riguardano poi la possibilità che il singolo *class member*, risultato soccombente nel procedimento statunitense, intenti nuovamente in Germania la medesima azione nei confronti del convenuto *ivi* vittorioso; il riscontro in concreto, in simili ipotesi, dell'elemento dell'identità delle parti e della domanda ai fini dell'operatività del principio del *ne bis in idem*; l'indeterminatezza del titolo esecutivo costituito dalla sentenza che non contempra espressamente il nome del *class member* vittorioso.

Dall'opposto punto di vista dei *class opponents*, invece, verranno in rilievo principalmente (oltre a possibili violazioni della *Dispositionsmaxime*) i particolari problemi di compatibilità con l'ordinamento tedesco delle sentenze che pongono a loro carico la corresponsione di *punitive damages* (la cui coloritura penalistica - o quantomeno sanzionatoria - mal si concilia con i principi del diritto civile tedesco). Da sottolineare infine l'attenzione che l'A. dedica al problema del riconoscimento ed esecuzione in Germania delle *transazioni* stipulate nel corso di una *class action*: il timore di condanne a risarcimenti di somme ingentissime fa sì che - il più delle volte evidentemente su iniziativa del *class opponent* - una grande percentuale di tali procedimenti termini prima della pronuncia della sentenza.

La monografia si snoda agilmente tra un'esposizione di carattere teorico e il riferimento ai numerosi casi pratici tratti dall'ampia *case law* statunitense (ben nota anche ai "non giuristi" a causa della sua risonanza mediatica). Giova ricordare che l'opera è corredata da un'ampia bibliografia e da alcune appendici (una normativa e le altre contenenti interessanti formulari di "*notice of class action and settlement hearings*"). L'opera di Greiner è più vivace di quella di Hermann, nella misura in cui di questa tende ad evitare le digressioni dogmatico-qualificatorie (quali quella sulle varie nozioni di ordine pubblico) che inevitabilmente appesantiscono l'esposizione. Manca peraltro in entrambe una per quanto sintetica indagine comparatistica, che avrebbe forse permesso di meglio cogliere, mediante il raffronto con gli altri ordinamenti, le peculiarità del sistema tedesco con riferimento alle tematiche rispettivamente trattate.

J.-F. Poudret - S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, Bruxelles, 2002, XI - 1179

Di matrice culturale elvetica (gravitante su Losanna) e però di respiro scientifico e di orizzonte di osservazione amplissimi, ecco un poderoso Trattato: con contenuti nuovi, ma con fattura ed eleganza antica, i due autori (che, al di là della differente età, non abbisognano di presentazione alcuna, specie poi ai lettori di *Int'l Lis*) affrontano la tematica sempre ribollente dell'arbitrato coniugando angolo visuale internazionalistico e metodo di studio sistematico-comparatistico. Una tale comparazione non può portarsi che su un numero di ordinamenti limitato, per non votarsi al rischio di superficialità e per scandagliare il diritto vivente - nella migliore dottrina e nel prodotto giudiziario - degli ordinamenti affrontati: in via trasversale, argomento per argomento, segnalandone le categorie ordinanti più caratteristiche. Un'attitudine sistematica e concettualmente orientata alla comparazione aiuta a colmare le lacune o almeno a porre le premesse per meglio inquadrare i problemi.

Lo sviluppo tematico degli undici capitoli è quello più classico (fonti; legge processuale applicabile e sede; l'accordo arbitrale; l'organo arbitrale; la verifica della competenza; la procedura; legge applicabile al merito; il lodo; le impugnazioni; il riconoscimento dei lodi esteri; bilancio anche *de iure condendo*), ma si snoda - appunto - con costante attenzione alle convenzioni di New York e Ginevra e alle "nuove" legislazioni arbitrali tedesca (1997), inglese (1996), belga (1972 e 1998), francese (1981), italiana (1994), olandese (1986), svedese (1999) e naturalmente svizzera (1987). Ne discende un lavoro sinfonico attento agli snodi più sensibili, e in modo particolare a quello della *Kompetenz-Kompetenz* e dei rapporti fra ar-