

Pasquale Fava

Studi e contributi sulle class actions finalizzati all'introduzione del rimedio anglosassone nell'ordinamento interno.

Contratto e Impr., 2004, 1, 166

L'IMPORTABILITÀ DELLE CLASS ACTIONS IN ITALIA (*)

Pasquale Fava

Sommario: 1. Le ragioni del crescente interesse verso le *class actions*, strumento di tutela processuale costituzionalmente necessario (questioni pratiche di concorrenzialità tra ordinamenti). - 2. L'analisi strutturale e funzionale delle proposte A.A.C.C. 3838 e 3839. Verso il *private enforcement* del diritto antitrust? - 3. La *representative suits* inglese: la madre di tutte le *class actions*. La sua problematica importazione negli Stati Uniti: nascita delle moderne *class actions*. - 4. Le *class actions* statunitensi come modello di riferimento per i Paesi che hanno implementato sistemi di tutela aggregata delle pretese seriali. Gli accorgimenti che consentono il superamento dei limiti soggettivi del giudicato in un ordinamento ispirato al principio costituzionale del *due process of law*: analisi degli strumenti di tutela degli *absent class members*. - 5. Le specificità dell'approccio delle Province canadesi: l'analisi dei meccanismi volti ad incentivare il ricorso ai *class proceedings* nonché a superare gli ostacoli derivanti dalla tradizionale operatività della *english rule* e dall'illicietà dei patti di quota lite (il finanziamento pubblico in Quebec e Ontario). - 6. Il sistema australiano come quello maggiormente *plaintiff-friendly* a livello mondiale: l'implementazione di meccanismi tariffari non integranti violazione del divieto degli accordi di *quota litis* e l'operatività delle *private litigation lending companies*. - 7. La disciplina inglese: la *Woolf Reform* del 1998 in tema di *representative suit* e la successiva introduzione della *Group Litigation* nel 2000. La riforma tariffaria attuata con la *Conditional Fee Agreement Regulation 2000* in un Paese tradizionalmente ancorato all'illiceità penale delle pattuizioni di quota lite. - 8. Le *settlement class actions*: tratti distintivi dalle *litigation class actions* e profili di criticità. - 9. Una proposta alternativa per un disegno di legge a contenuto più ampio che, affermando la libertà dei centri di aggregazione, introduca un'azione rappresentativa utilizzabile in via generalizzata per la tutela in forma aggregata delle pretese seriali (anche non consumeristiche).

1. - Recentemente si registra un accresciuto interesse per le *class actions*, sia a livello dottrinale che da parte degli organi legislativi. Sempre più numerosi sono i gruppi di lavoro che vengono costituiti, più o meno informalmente, per comprendere e approfondire il funzionamento dello strumento negli ordinamenti che conoscono forme di tutela aggregata delle pretese seriali nonché per valutare la possibilità di importare le *class actions* nell'ordinamento nostrano. In particolare, tra gli eventi che hanno stimolato il predetto interesse possono indicarsi non solo la pronuncia della Cassazione in materia di rimborsi R.C.A. ⁽¹⁾, la questione dei *bonds* argentini, quella dei *cracks* Cirio e Parmalat e dei conseguenti disegni di legge in materia di riforma del sistema di tutela del risparmio ⁽²⁾ e dei consumatori [A.A.C.C. n. 3838 ⁽³⁾ e 3839 ⁽⁴⁾], ma anche accadimenti meno noti quali la recente approvazione della nuova direttiva in materia di prospetto informativo ⁽⁵⁾ nonché alcune azioni legali contro la Consob in relazione ad operazioni di collocamento paneuropeo con

riconoscimento di prospetti già approvati dalle Autorità di vigilanza di altri Stati membri effettuate sotto il vigore delle dir. Ce 80/390⁽⁶⁾ e 89/298⁽⁷⁾.

A ciò si aggiungano considerazioni tecniche di opportunità emergenti dalla verifica concreta degli esiti applicativi derivanti dalla concorrenzialità tra strumenti processuali utilizzabili nell'ambito dei diversi ordinamenti giuridici sotto la cui giurisdizione vengano a trovarsi fenomeni internazionali analoghi. Si pensi alla situazione di un emittente italiano che abbia emesso *bonds* in Italia e negli Stati Uniti e abbia disponibilità economiche in territorio statunitense. In questo caso, a parte i maggiori poteri che consentono alla SEC (*Securities and Exchange Commission*) di disporre il *freezing* degli *assets*, va segnalato che in Italia mancano meccanismi di aggregazione idonei a garantire una tutela tempestiva ed efficiente delle pretese seriali di una generalità di soggetti facenti parte di una stessa classe che possano paragonarsi a quelli statunitensi⁽⁸⁾.

L'approccio giusto verso le *class actions* non può essere quello dello studioso chiuso mentalmente ai principi tradizionali appresi sui banchi universitari ma quello dell'operatore del diritto impegnato a fronteggiare grosse operazioni di rilievo internazionale come potrebbero essere (solo per fare qualche esempio) quelle inerenti i collocamenti di strumenti finanziari diretti ad investitori *retail* residenti in più Paesi, le violazioni del diritto della concorrenza ai danni di professionisti o consumatori residenti in giurisdizioni diverse o i disastri ambientali che colpiscono indistintamente territori di svariate nazioni.

Solo attraverso una riforma radicale dell'ordinamento italiano il nostro paese potrebbe porsi in competizione con altri ordinamenti che indubbiamente assicurano delle garanzie processuali più tempestive, efficienti e concrete, andando ben al di là del "*tutto quello e proprio quello (ma solo quello)*" (di chiovendiana memoria) riconosciuto dal diritto sostanziale⁽⁹⁾.

È di tutta evidenza, pertanto, che le *class actions* italiane, che potrebbero essere battezzate col nome di *azioni rappresentative*, dovrebbero essere uno strumento suscettibile di utilizzazione generalizzata per la tutela giurisdizionale di pretese seriali caratterizzate dalla comunanza di questioni di fatto o di diritto. Se in origine il movimento era nato in prevalenza per dare maggiori garanzie alle situazioni soggettive di natura consumeristica attualmente ci si accorge che i *class proceedings* costituiscono uno strumento destinabile ad un'applicazione di più ampio respiro. Difatti, ove si risolve in senso positivo la questione preliminare dell'ammissibilità delle *class actions* non vi sarebbero ragioni ostative all'estensione dello strumento a situazioni soggettive non consumeristiche potendosi, al più, introdurre normative speciali per particolari settori (come è accaduto negli Stati Uniti in materia di *securities class actions* con le riforme del 1995 e del 1998)⁽¹⁰⁾.

Ciò non sarebbe in contrasto con l'ordinamento comunitario che, da un lato, consente l'introduzione di strumenti di tutela più garantistici per i consumatori, dall'altro in tema di normativa processuale non prevede vincoli al legislatore nazionale purché siano rispettati i principi di *equality* o *non-discrimination* (eguaglianza o non discriminazione) e di *adequacy* o *effectiveness* (adeguatezza o effettività)⁽¹¹⁾.

Peraltro, ove non si tenda a ragionare con la mentalità "tradizionale" del giurista nostrano, per natura orientato a ritenere il fenomeno delle azioni rappresentative contrastante con i principi storici del nostro ordinamento giuridico, considerazioni di opportunità richiederebbero almeno un approccio più aperto ad un'analisi moderna delle questioni

realmente in discussione. Su tale via non sarebbe tanto sconcertante sottoporre a rivisitazione lo stesso principio degli effetti *ultra partes* del giudicato posto che, allo stato, la stessa giurisprudenza e dottrina processualcivilistica non hanno ancora affinato una definizione che raccolga il consenso di tutti in ordine al concetto di parte processuale e di terzo, specie ove si analizzino le vicende processuali legate a fenomeni di litisconsorzio, cumulo, intervento, riunione, opposizione di terzo...

L'articolo 24 della Costituzione, che riconosce il diritto di tutti ad agire per la tutela delle proprie situazioni soggettive pregiudicate, non impone che necessariamente debba farlo la parte titolare della situazione stessa. Diversamente ritenendo dovrebbero cadere sotto la scure del giudice delle leggi tutte le figure conosciute di sostituzione processuale. Un conto è riconoscere che il nostro ordinamento processuale civile è "tradizionalmente" improntato al principio dispositivo, altro affermare che le *class actions* non sarebbero assolutamente ammissibili in Italia in quanto contrastanti con i principi costituzionali o addirittura con quelli fondamentali.

Ogni tempo ha il suo processo! Il processo è solo lo strumento tecnico messo a disposizione dal legislatore ai cittadini per la realizzazione *piena* delle proprie pretese. In un sistema che mette al bando l'autotutela privata, gli organi politici sono chiamati a predisporre strumenti che stiano al passo con i tempi. Ciò non solo richiede una valutazione in merito all'esistenza di situazioni soggettive che, pur se riconosciute dal diritto sostanziale, non abbiano a disposizione strumenti di tutela processuale ma anche un approfondimento in relazione ai descritti fenomeni di concorrenzialità tra ordinamenti che fanno emergere perdite in partenza per i residenti in Italia. Difatti, l'investitore che abbia acquistato uno strumento finanziario emesso in un'operazione di collocamento italiano da parte dello stesso emittente che abbia emesso *securities* negli Stati Uniti non può partecipare alla *class action* statunitense non essendo membro della classe, presumibilmente costituita solo dagli investitori che abbiano acquistato gli strumenti finanziari collocati nell'operazione statunitense. Solo ove abbia acquistato anche *securities* "statunitensi" (intendendosi per tali quelle registrate presso la SEC) potrà, come membro della classe statunitense, partecipare al riparto delle disponibilità sottoposte a vincolo in territorio statunitense ma, ovviamente, solo in misura limitata al danno subito per l'operazione americana, non di certo per ottenere la restituzione di quanto perso nell'ambito dell'operazione italiana.

Alla luce di queste considerazioni, le azioni rappresentative potrebbero costituire uno strumento costituzionalmente necessario. L'articolo 24 della Costituzione, infatti, lungi dal precludere le *class actions*, ne richiederebbe l'implementazione attraverso una rivalutazione moderna del principio degli effetti *inter partes* del giudicato. Si consideri che negli Stati Uniti la questione degli effetti *ultra partes* della *res iudicata* si è posta in termini ancor più problematici che in Italia ostandovi, oltre alla mentalità individualista ed economico-personalista statunitense, il principio costituzionale del *due process of law*, che preclude imposizioni e privazioni nella sfera soggettiva dell'individuo (comprensiva del patrimonio giuridico) che non siano il risultato di pronunce giurisdizionali frutto di un processo giusto ed efficiente in cui si sia avuta l'opportunità di far valere le proprie ragioni in posizione di parità. Come si avrà modo di evidenziare in seguito, negli Stati Uniti la disciplina delle *class actions* è ricca di strumenti garantistici volti a dare tutela ai membri della classe eventualmente assenti e ad assicurare che il provvedimento finale del giudice o l'eventuale atto transattivo dia piena

soddisfazione alle pretese degli *absent class members* in parità qualitativa e quantitativa a quelle dell'attore rappresentativo e degli eventuali membri presenti.

Il giudizio in merito all'ammissibilità delle azioni rappresentative in Italia, pertanto, non deve prescindere da una valutazione sull'introduzione di meccanismi garantistici che possa mitigare la deroga al brocardo *res inter alios acta tertiis neque nocet neque prodest* e tagli fuori approcci diversi, non risolutivi, quali, tra l'altro, il *iudicatum secundum eventum litis*.

2. - Con le proposte A.A.C.C. n. 3838 e 3839 anche in Italia si apre il dibattito legislativo relativo alle *class actions*, per la verità, già iniziato da tempo a livello dottrinale ⁽¹²⁾. Le recenti iniziative parlamentari sono volte a colmare, con l'inserimento di alcuni strumenti processuali che potrebbero essere considerati costituzionalmente necessari, talune lacune di tutela dei diritti presenti nel nostro sistema acutizzatesi con le ineluttabili modifiche all'assetto delle relazioni economiche e sociali, tipiche del capitalismo moderno.

Le proposte, in attuazione dell'articolo 24 della Costituzione, potrebbero aprire le porte delle aule giudiziarie alle c.d. *small claims*, permettendo l'accesso alla giustizia anche a pregiudizi di situazioni soggettive di ammontare inferiore ai costi processuali ed eliminando quelle "zone franche" per le fattispecie comportamentali integranti ipotesi di responsabilità contrattuale e extracontrattuale allo stato non ancora perseguibili. Oltre ad inverare "tutto quello e proprio quello" di chiovendiana memoria, gli strumenti proposti svolgerebbero, inoltre, anche un'irrinunciabile funzione di deterrenza, senza produrre sconvolgimenti a livello di diritto sostanziale, come l'introduzione di *punitive damages*, conformandosi alle opzioni di politica legislativa australiane e canadesi. Notevoli vantaggi potrebbero scorgersi anche sul piano della certezza del diritto e dell'efficienza nell'amministrazione della giustizia ⁽¹³⁾, eliminando l'eventualità di giudicati individuali contrastanti (che potrebbero risolversi nell'imporre alla controparte della classe comportamenti incompatibili), nonché in termini di economia processuale, per la possibilità di affidare ad un unico collegio giudicante la cognizione su una molteplicità di pretese seriali.

Secondo parte della dottrina (Rescigno) per introdurre le *class actions* in Italia non sarebbe sufficiente un intervento del legislatore ordinario perché il meccanismo processuale sarebbe incompatibile con i principi fondamentali del nostro ordinamento. La tesi, pur se autorevole, potrebbe essere rivisitata. In primo luogo i principi indicati potrebbero non essere qualificati fondamentali bensì meramente tradizionali. La tradizione processualciviltistica li aggancia all'articolo 24 della Costituzione, che, in realtà, non proibisce espressamente strumenti quali le *class actions*. Tuttavia, non possono nascondersi le difficoltà di un ripensamento dell'articolo 24 (oggi in combinazione con il 111) che assicuri le garanzie del *due process* attraverso strumenti quali l'adeguatezza dell'attore rappresentativo, la certificazione (o meccanismi di legittimazione *ex lege*), le comunicazioni alla classe, il diritto di esclusione e così via. Peraltro, non esiste un modello processuale valido in assoluto per tutti i momenti storici. L'unica certezza è che il processo deve attribuire alla parte vittoriosa "tutto quello e proprio quello" che le è riconosciuto dal diritto sostanziale. A fronte dell'evoluzione di rapporti economico-sociali sembra che le concezioni tradizionali "quadrate" siano obbligate ad un maggiore riflessione verso strumenti quali le *class actions* che consentirebbero di tutelare situazioni giuridiche soggettive che allo stato non sono portate innanzi al giudice per gli elevati costi (*small claims*) o che lo sarebbero in modo inefficiente e potenzialmente contraddittorio.

Le proposte A.A.C.C. n. 3838 e n. 3839, pur recando espressamente il riferimento all'*azione di classe* (3839) e all'*azione di gruppo* (3838), prevedono meccanismi che consentirebbero soltanto una parziale riconducibilità delle azioni di classe italiane al modello delle *class actions* statunitensi e agli altri rimedi introdotti dai principali ordinamenti giuridici che si passeranno in rassegna.

Innestando la nuova disciplina nel *corpus* della l. 30 luglio 1998, n. 281, esse attribuiscono la legittimazione ad agire per conto e nell'interesse della classe (o del gruppo) alle associazioni dei consumatori iscritte nell'elenco tenuto presso il Ministero delle Attività Produttive.

La proposta A.C. n. 3838 (azione di gruppo), tra l'altro, prevede la possibilità per le associazioni dei consumatori iscritte nel predetto elenco di proporre azioni risarcitorie e restitutorie "di gruppo", aventi ad oggetto somme di denaro (dovute direttamente ai singoli consumatori e agli utenti), derivanti dalla commissione da parte del professionista (nell'ambito dei rapporti giuridici nascenti da contratti conclusi secondo le modalità previste dal 1342 c.c.) di atti illeciti plurioffensivi (*mass torts*), di inadempimenti e violazioni dei diritti di una pluralità dei consumatori.

La proposta A.C. n. 3839 (azione di classe), invece, è più articolata. L'azione collettiva, di accertamento o di condanna, alla cui proposizione sono legittimate le associazioni di categoria iscritte nell'elenco ministeriale sarebbe diretta a conseguire una dichiarazione giudiziale relativa al diritto di una determinata categoria di consumatori e utenti, volta ad ottenere un'indennità o un risarcimento danni in conseguenza di atti o di comportamenti posti in essere nell'esecuzione o nell'adempimento di uno dei contratti di cui all'art. 1342 c.c. Il giudizio collettivo potrebbe chiudersi con una sentenza di condanna o con un'omologazione di un accordo transattivo raggiunto dalle associazioni con il professionista che dovrebbero indicare i requisiti di appartenenza alla categoria (la pronuncia costituisce titolo esecutivo nei confronti del comune contraddittore). All'esito del giudizio collettivo, l'iniziativa passerebbe ai singoli consumatori appartenenti alla classe cui viene riconosciuto il potere, da un lato, di impugnare la pronuncia solo in caso di dimostrazione "*dell'iniquità nell'attuazione dei loro diritti*", dall'altro (ove vogliano beneficiare degli effetti favorevoli della sentenza di condanna o del provvedimento di omologazione), di agire in contraddittorio, per l'accertamento dei requisiti individuati nel provvedimento "collettivo" e la determinazione del *quantum debeatur*. È prevista l'esenzione dal pagamento del contributo unificato anche per i giudizi individuali che, secondo la relazione illustrativa, dovrebbero essere di competenza esclusiva del giudice di pace.

Tra le questioni che potrebbero profilare interessanti problemi interpretativi si segnala il regime del giudicato "collettivo" sfavorevole; il coordinamento del procedimento collettivo con eventuali contemporanei giudizi individuali (che restano ammissibili?) e/o con diversi giudizi collettivi promossi da varie associazioni in concorrenza; il concetto di iniquità; l'individuazione dello strumento tecnico di impugnazione (opposizione di terzo o appello della parte?), nonché il regime dei meccanismi conoscitivi degli atti del giudizio collettivo (che agevolerebbe l'esercizio dei previsti poteri di impugnazione e della successiva azione individuale).

Secondo le proposte, il nuovo strumento sarebbe vantaggioso solo per i consumatori e gli utenti in relazione ai contratti di massa mentre qualche vuoto di tutela potrebbe rimanere per le *small claims* non consumeristiche o non derivanti dagli stessi contratti di massa ⁽¹⁴⁾.

Le proposte costituiscono, tra l'altro, per espressa previsione delle relazioni illustrative, una risposta legislativa alla nota sentenza 9 dicembre 2002, n° 17475 con cui la Cassazione ha escluso la legittimazione dei consumatori a far valere pretese risarcitorie relative a danni ad essi cagionati da comportamenti *anticoncorrenziali*. La Suprema Corte, infatti, ha sostanzialmente distinto l'azione risarcitoria relativa ai rapporti tra imprese, per la quale è prevista dall'art. 33 della l. 287/90 la competenza funzionale della corte d'appello, dall'azione risarcitoria spettante al consumatore, qualificata come "*un'ordinaria azione di responsabilità soggetta agli ordinari criteri di competenza*". L'affermazione si risolve in "una delle possibili interpretazioni del dato normativo" priva di riscontri comparativistici, anzi contrastante con l'esperienza statunitense cui, viceversa, la Corte si richiama ("*la pionieristica esperienza statunitense*"). Sotto il profilo del diritto comunitario, tra l'altro, la Suprema Corte avrebbe potuto optare per una soluzione più accorta, sollevando, nella sua qualità di organo di ultimo grado, una questione pregiudiziale comunitaria. Sempre in riferimento alle esperienze di altri ordinamenti, il Supremo Consesso, ha trascurato di considerare i recenti orientamenti di politica legislativa volti ad estendere la legittimazione ad agire in via risarcitoria anche in forma collettiva, specie in materia *antitrust*, come testimonia l'esperienza inglese ⁽¹⁵⁾.

La carenza di legittimazione del consumatore, inoltre, non viene neanche ricondotta dalla Corte nostrana alle difficoltà di provare il nesso di causalità né alla questione del valore (presuntivo?) dell'accertamento dei fatti contenuto nel provvedimento dell'AGCM, così come affermato e parzialmente modificato nelle successive pronunce del Tar Lazio e del Consiglio di Stato (difficoltà e problemi che si pongono, sia pure, forse, con graduazioni diverse, in entrambe le fattispecie di azione risarcitoria sia del concorrente che del consumatore). L'affermazione è, viceversa, giustificata da un'interpretazione delle finalità della normativa *antitrust* nazionale che, tuttavia, va precisato sin d'ora, non possono essere individuate in modo distaccato dall'esperienza comunitaria, specie alla luce delle innovazioni contenute nel reg. Ce 1/2003 del 16 dicembre 2002 che, prevedendo espressamente la necessità di concedere risarcimenti alle parti danneggiate da infrazioni *antitrust* (*recital 7*), ha imposto alla Commissione, alle Autorità e ai giudici nazionali di evitare orientamenti contrastanti nell'applicazione del diritto della concorrenza, nell'ottica di una sua armonizzazione, per consentire agli operatori economici di poter fare affidamento su un quadro giuridico certo e migliorare il mercato interno.

La pronuncia della Suprema Corte, quindi, va sostanzialmente ben oltre una mera statuizione sulla competenza, prendendo posizione su questioni di principio squisitamente inerenti le finalità della normativa nazionale *antitrust* che, nulla avrebbe innovato in tema di legittimazione rispetto alla normativa codicistica del 1942 in materia di concorrenza sleale, limitando il possibile ruolo dei consumatori alla sollecitazione dell'esercizio dei poteri pubblicistici dell'AGCM.

La Corte, viceversa, avrebbe dovuto (e potuto), specie al fine di non creare segmentazioni nazionali relative all'accesso alla giustizia nella materia dell'*antitrust*, avente natura spiccatamente sovranazionale, effettuare almeno un'indagine relativa all'esperienza statunitense che conosce due ambiti di applicazione (*enforcement*) del diritto della

concorrenza, l'uno pubblicistico e l'altro privatistico⁽¹⁶⁾. In particolare, sul versante del *private enforcement*, efficientissimo strumento deterrente, le corti federali statunitensi non hanno mai dubitato che la tutela del consumatore rientri nelle finalità del diritto *antitrust*⁽¹⁷⁾ (anzi a tutela del consumatore sono espressamente previste le *parens patriae actions* da parte dei Procuratori degli Stati federali)⁽¹⁸⁾ e, in tema di legittimazione alla proposizione di azioni risarcitorie, hanno espressamente riconosciuto lo *standing to sue* (concetto addirittura più ampio della legittimazione nostrana) dei consumatori, anche in forma rappresentativa, purché sia data la prova delle circostanze stabilite nella pronuncia della Corte Suprema *Blue Shield v. McCready*⁽¹⁹⁾ e sussistano i requisiti richiesti dalla *indirect purchaser doctrine*⁽²⁰⁾, affermata per la prima volta nella celebre pronuncia *Illinois Brick*⁽²¹⁾ (che, superata da discipline statali *antitrust* più favorevoli ai consumatori⁽²²⁾, è stata oggetto di proposte legislative federali⁽²³⁾ volte ad estendere la legittimazione all'azione risarcitoria anche gli acquirenti indiretti, c.d. *indirect purchasers*). Se la vicenda dei "rimborsi R.C.A." fosse stata sollevata innanzi ad una corte statunitense, magari attraverso una *class action*, probabilmente la legittimazione sarebbe stata riconosciuta ed affermata e il problema del nesso di causalità avrebbe trovato agevole soluzione attraverso prove statistiche⁽²⁴⁾. Ai fini della *indirect purchaser doctrine*, in particolare, è necessaria un'intermediazione di tipo "reale" di un anello della catena distributiva del prodotto (ad esempio un distributore che, peraltro, non deve essere controllato né dipendente economicamente dal produttore) e non ha alcuna rilevanza un'intermediazione di tipo contrattuale (quale potrebbe essere un contratto di assicurazione), né ha alcuna afferenza con la dottrina dell'acquirente indiretto il discorso della "nullità dei contratti a valle". Difatti, nel caso specifico, da un lato, i consumatori sono stati direttamente danneggiati dal comportamento anticoncorrenziale e, dall'altro, non si è trattato di una compravendita di un bene, bensì della prestazione di un servizio assicurativo direttamente al consumatore. A ciò si aggiunga come non si comprende quali possano essere stati, nel caso *de quo*, i soggetti danneggiati se non gli stessi consumatori, posto che i concorrenti delle imprese partecipanti alle intese avevano esse stesse preso parte alla pratica sanzionata ricevendo dalla medesima benefici e non pregiudizi, eccetto il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM!

Forse, la Corte avrebbe potuto, anche nell'ottica dell'indicata armonizzazione delle finalità *antitrust*⁽²⁵⁾, sollevare la pregiudiziale comunitaria alla Corte di Lussemburgo, al fine di chiarire se dagli artt. 81 e 82 del Trattato, aventi effetto orizzontale diretto nei rapporti interprivati, possa discendere un diritto al risarcimento (di natura comunitaria) in capo a consumatori direttamente danneggiati da comportamenti posti in essere in violazione del diritto comunitario. Eucleato un tale diritto e chiarito l'ambito delle finalità protettive, spetterebbe poi agli Stati membri predisporre, nel rispetto dei principi di eguaglianza e adeguatezza, gli strumenti processuali di tutela, tra cui le azioni risarcitorie anche in forma rappresentativa⁽²⁶⁾.

Le precisazioni fatte in merito alle finalità di protezione del diritto della concorrenza, pur allontanandosi dalla tematica centrale della presente indagine appaiono estremamente importanti, in quanto, anche ove le proposte fossero approvate, sembra che la neonata azione in forma rappresentativa, non guadagnando la natura di azione risarcitoria *antitrust*, debba mantenere lo *status* di "*ordinaria azione di responsabilità*", sempre ammesso che tra le due tipologie possa sussistere una qualche differenza ulteriore rispetto alla competenza

funzionale della Corte d'appello (come, ad esempio, il beneficio nell'accertamento probatorio di cui godono le c.d. *follow on actions* statunitensi) ⁽²⁷⁾.

3. - Per comprendere come le proposte legislative possano essere migliorate e quali siano gli spazi di manovra consentiti dai principi dell'ordinamento italiano è necessario delineare l'origine storica e l'evoluzione, sia normativa che giurisprudenziale, in materia di strumenti processuali di tutela in forma aggregata delle pretese seriali che si è registrata nei principali ordinamenti che hanno introdotto le autentiche *class actions*.

Le origini storiche delle *class actions* vanno ricercate nella "*representative suit*" inglese ⁽²⁸⁾ e, in particolare, nel passaggio dalla giurisdizione delle corti feudali locali (*manorial courts*) ⁽²⁹⁾ a quella delle corti di *equity* (*Chancery Court*), che, pur se formalmente giustificato dalla necessità di rimediare alle ingiustizie e ristrettezze derivanti dalla tipicità delle azioni *at law* fu, in realtà, motivato dalla volontà di accentramento dei poteri giurisdizionali presso la Corona. Proprio per le carenze dei processi innanzi alle corti di *common law*, che non rendevano agevole la *multiparty litigation*, la giurisprudenza della *Chancery Court* si caratterizzò per le importanti aperture verso i fenomeni di litisconsorzio necessario, riponendo l'attenzione nei criteri di accertamento dell'adeguatezza della rappresentanza degli interessi degli assenti quale presupposto necessario ai fini dell'estensione degli effetti del giudicato ⁽³⁰⁾. La Corte, infatti, respinse di frequente le eccezioni di improcedibilità della domanda per incompletezza del contraddittorio, considerando irrilevante l'assenza di quelle parti che avrebbero potuto considerarsi "adeguatamente" rappresentate dai soggetti presenti nel processo. Con l'unificazione delle giurisdizioni di *common law* e di *equity* dell'età riformistica vittoriana, le applicazioni restrittive della *Rule 12(1)* delle *Rules of the Supreme Court Ord. 15* portarono all'abbandono della *representative suit*, specie in considerazione dell'impossibilità del suo utilizzo per le azioni risarcitorie (*damages actions*) ⁽³¹⁾.

Il testimone passò all'emergente sistema statunitense in cui le *representative suits* furono riconosciute, per la prima volta, solo nel 1842 attraverso l'inserimento della *Equity Rule 48* ⁽³²⁾, ammettendosi i *representative proceedings* in presenza di un numero eccessivo di parti, purché non risultassero pregiudicate le ragioni degli assenti. Successivamente, anche il codice di procedura civile dello Stato di New York (c.d. *Field Code*), introdusse una disciplina delle *representative suits*, che, nelle sue prime applicazioni, fu utilizzata in materia fiscale e di contabilità pubblica. Nel 1912, la riforma delle *Equity Rules* federali, eliminando il riferimento alla salvezza delle ragioni degli assenti, precisava che le *representative suits* dovevano ritenersi ammissibili in presenza di un interesse generale o comune. La giurisprudenza, occupatasi del problema (sia sotto il vigore della versione originaria delle *Equity Rules* che in quelle riformate del 1912) dell'effetto estensivo del giudicato (formatosi nel processo rappresentativo) per i membri assenti del gruppo rivelatosi, almeno *prima facie*, in contrasto con la logica individualistica statunitense nonché con la intangibilità della sfera personale proprietaria (salvo le garanzie del *due process*) costituzionalmente prevista, fu dell'avviso che i soggetti adeguatamente rappresentati avrebbero dovuto subire il giudicato sfavorevole ⁽³³⁾. Nel 1938, il sistema processuale federale fu totalmente riformato, inserendosi una disciplina del tutto innovativa in materia di azioni rappresentative le quali furono, pertanto, ribattezzate come "*class actions*" ⁽³⁴⁾. Era il tempo dell'originaria *Rule 23*, anche conosciuta come Moore Rule, dal nome di James Moore che ideò una nuova classificazione tripartita, distinguendo le *true class actions* (*joint rights*) da quelle *hybrid* (azioni *in rem*) e *spurious* (questioni comuni

di fatto o di diritto). Mentre per le prime si proponeva un'estensione completa degli effetti del giudicato, per le seconde gli effetti *ultra partes* sarebbero stati possibili solo se favorevoli, secondo il modello del *iudicatum secundum eventum litis* (c.d. *one-way intervention*). Nel 1966, un nuovo intervento del Congresso riformulava le categorizzazioni della *Rule 23* ed eliminava il *one-way intervention* e il sistema di *opt-in*, introducendo la regola dell'estensione degli effetti del giudicato sia favorevoli che sfavorevoli prevedendo, per talune fattispecie, l'*opt out right*.

La *Rule 23* delle *US Federal Rules of Civil Procedure* ha trovato una vastissima applicazione nelle corti statunitensi⁽³⁵⁾ e la giurisprudenza e la dottrina americana hanno lavorato molto per esaltarne le potenzialità ed eliminarne gli aspetti patologici. Dal 1966 il solo intervento legislativo di rilievo, peraltro limitato alla *securities litigation*, è stato il *Private Securities Litigation Reform Act* (PSLRA) del 1995 poi modificato dal *Securities Litigation Uniform Standards Act* (SLUSA) del 1998. Sono attualmente all'esame del Congresso atti normativi di portata generale che potrebbero introdurre modifiche rilevanti alla disciplina federale delle *class actions* statunitensi⁽³⁶⁾.

La *Rule 23* e le sue applicazioni concrete da parte della giurisprudenza statunitense è stata da sempre modello di riferimento per le Commissioni-studio incaricate - da Legislatori e Governi di ogni parte del mondo - di verificare la possibilità di innestare lo strumento processuale nel proprio ordinamento giuridico. Nel quadro dell'evoluzione delle relazioni economiche verso rapporti di massa, che vedono moltitudini di consumatori, utenti, investitori... contrapposti a forti operatori economici, l'opportunità di riequilibrare le posizioni dei litiganti "occasional" e "abituati", sfruttando la circostanza che "l'unione fa la forza", è stata considerata con estremo interesse. Molti Paesi, anche con normative tradizionalmente ancorate alla regola della soccombenza e a divieti di *quota litis*, accertando l'impossibilità/estrema difficoltà di avere accesso alla giustizia per situazioni soggettive che, pur se di modesta entità, nell'aggregazione raggiungono dimensioni considerevoli (a causa dell'assenza nel rispettivo ordinamento di meccanismi di procedibilità in forma aggregata di pretese seriali da azionarsi da parte di attori rappresentativi) hanno implementato rivoluzionarie riforme tese non solo all'introduzione di strumenti simili alle *class actions* ma anche di incentivi e agevolazioni per il loro effettivo sviluppo.

4. - La *US Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*⁽³⁷⁾, nella sua formulazione attuale, stabilisce che uno o più membri di una classe possono citare (classe di attori) o essere citati (classe di convenuti) in giudizio, come parti rappresentative⁽³⁸⁾ di tutti gli altri, solo se sussistono tutti i prerequisiti indicati *sub a)* (*numerosity, commonality, typicality, fairness and adequacy*) unitamente ad almeno uno dei requisiti di cui alle tre lettere *sub b)*. Pertanto, mentre quelli *sub a)* devono sussistere cumulativamente e sempre, quelli *sub b)* sono alternativi e da essi dipende la tipologia di *class actions* attivata che è rilevante, in particolare modo, per la diversa disciplina della *notice* e dell'*opt-out*. La procedibilità in forma aggregata di pretese seriali azionate da attori rappresentativi è consentita solo attraverso un provvedimento del giudice (*order*), la c.d. *certification*, avente natura di autorizzazione a procedere in forma rappresentativa, che deve tendenzialmente adottarsi *in limine litis*⁽³⁹⁾.

Va preliminarmente osservato, tuttavia, che il primo dei quattro requisiti necessari è la *numerosity(a1)*. Esso postula, per la formazione di una classe la presenza di molte persone anche se non c'è un numero magico, a differenza di altre giurisdizioni e, pertanto, se centinaia

o migliaia di persone sono state danneggiate da una pratica di mercato illecita, anche pochi possono agire in rappresentanza di tutti. Più si è, maggiori possibilità si hanno che il giudice certifichi la classe.

La *commonality*(a2), invece, richiede che le pretese implicino la risoluzione di questioni di fatto o di diritto comuni a tutti i membri della classe (*questions of law or fact common to the class*). Si pensi, ad esempio, ad un centinaio di persone che hanno comprato un'automobile con una cintura di sicurezza difettosa proveniente dallo stesso produttore.

In base alla *typicality*(a3), inoltre, la pretesa dell'attore rappresentativo deve essere "tipicamente" quella di un altro membro della classe, nel senso che deve essere proprio quella che farebbe valere un *class member*. Difatti, se l'attore rappresentativo ha sofferto un danno diverso o ha interessi differenti rispetto ai soggetti rappresentati, tale requisito non può dirsi soddisfatto (come ad esempio, se taluno volesse fondare la sua pretesa sulla circostanza che la cintura di sicurezza della propria autovettura non è funzionante, non potrà rappresentare coloro che, viceversa, sostengono che la cintura è perfettamente operante mentre l'*airbag* si gonfia pericolosamente).

L'ultimo dei quattro numeri di cui lettera a) prevede la c.d. *fair and adequate representation*(a4). Il requisito richiede che l'attore rappresentativo (ma anche il suo avvocato, c.d. *class counsel*) sia in grado di rappresentare la classe con lealtà, senza conflitti di interesse, in maniera tecnicamente ed economicamente adeguata, agendo nel miglior modo possibile a tutela degli interessi dell'intera classe. Pertanto, un avvocato che abbia commesso errori grossolani in un'altra *class action* o che abbia mentito sotto giuramento non potrà ritenersi "adeguato".

In presenza di tutti i requisiti di cui alla lettera a), il giudice rilascerà la certificazione della classe ⁽⁴⁰⁾ e ne determinerà la tipologia in presenza delle circostanze indicate ai tre numeri della lettera b), tra cui sussiste un rapporto di alternatività, nel senso che basta la riconducibilità ad una delle tre categorie per ottenere un provvedimento positivo del giudice mentre, problemi in tema di regime di *notice* ed *opt-out*, sorgono in contestuale presenza degli elementi della classe b3) con quelli delle classi b1) e b2).

In base alla lettera c) della *Rule 23* il giudice deve stabilire (*by order*), non appena lo ritenga opportuno e ragionevole, dopo la proposizione dell'azione (*as soon as practicable after the commencement of an actions brought as a class action*), se la procedibilità della stessa possa essere mantenuta in forma aggregata (*whether it is to be so maintained*). Il provvedimento di certificazione, che può essere sottoposto a condizione ed è modificabile in ogni momento antecedente la decisione che definisca nel merito la controversia, deve descrivere la classe (al fine di consentire l'individuazione degli appartenenti alla stessa), accertare in modo sommario la sussistenza dei requisiti della lettera a), nonché inquadrare l'azione nell'ambito di una delle categorie tipologiche della lettera b). Il giudice può anche determinare che la *class actions* sia mantenuta solo in relazione a particolari questioni controverse oppure dividere la classe in sottoclassi (ciascuna sottoclasse sarà, in questo caso, trattata come una classe) ⁽⁴¹⁾.

Un *class action* è certificabile come b1) quando l'attivazione di giudizi separati da parte o contro membri della classe possa creare un rischio di: (A) giudicati individuali contrastanti che impongano alla controparte della classe regole di condotta incompatibili tra loro, oppure, (B) i giudicati individuali potrebbero essere, di fatto, dispositivi delle pretese degli altri membri

oppure pregiudicare o impedire le capacità di tutelare i propri interessi. Sono state categorizzate come *b1*) numerose *class actions* a tutela di *civil rights* nonché pretese collettive, pur se di natura risarcitoria e quindi inquadrabili sub *b3*), la cui realizzazione avrebbe potuto comportare l'incapienza del patrimonio del convenuto con il rischio di impossibilità di soddisfacimento per tutti i danneggiati.

La certificazione sub *b2*) è concessa in presenza di un'azione o un'omissione della controparte della classe che produca effetti negativi su tutti i membri della stessa. Si tratta di provvedimenti dichiarativi (*declaratory relief*) o ingiuntivi (*final injunctive relief*), di contenuto molto più ampio dei nostri provvedimenti inibitori. Hanno ricevuto la certificazione come *b2*) molte *class actions* in materia di discriminazioni contro lavoratori.

Queste categorie sono le c.d. *mandatory class action* (obbligatorie), per le quali la *Rule 23*, non riconoscendo espressamente ai rappresentati il diritto di *opt-out* né quello di ottenere la relativa *notice*, prevede un'estensione automatica degli effetti *ultra partes* del giudicato, senza che sia consentito manifestare il proprio dissenso, né essere a tal uopo informati.

Ad ogni buon conto, può rilevarsi come la categoria più importante ma anche più controversa (in quanto più garantista), è quella prevista dalla lettera *b3*), sotto la quale vengono tendenzialmente certificate le c.d. *damages class actions*⁽⁴²⁾. La certificazione, in tal caso, viene concessa se il giudice ravvisa che le questioni comuni (di fatto o di diritto) prevalgano su quelle individuali e che la *class actions* sia il rimedio processuale superiore ad ogni altro strumento disponibile per una corretta ed efficiente composizione della controversia. La *Rule 23*, inoltre, indica anche taluni indici che possono guidare il giudice nella sua valutazione discrezionale: l'interesse dei membri della classe ad agire in via individuale; l'esistenza di eventuali giudizi già iniziati; l'opportunità di concentrare la risoluzione delle controversie presso un unico soggetto giudicante; le difficoltà di gestire un processo in forma rappresentativa).

La disciplina federale prevede per la *class actions* del tipo *b3*) la necessità di dare alla classe la *best notice practicable* (il migliore avviso praticamente possibile), nonché avvisi individuali (*individual notice*) a tutti i membri assenti della classe identificabili attraverso un ragionevole sforzo. L'avviso deve offrire informazioni in relazione ai tempi e alle modalità di esercizio del diritto di *opt-out*, indicando il termine entro cui far pervenire la loro dichiarazione di esclusione nonché la circostanza che, in mancanza, ogni pronuncia relativa alle pretese della classe sarà vincolante nei confronti dei membri assenti. La comunicazione deve, altresì, fare espresso riferimento alla possibilità, per i membri che non abbiano esercitato il diritto d'uscita, di comparire in giudizio (*appear*) tramite un difensore.

Nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale statunitense, accanto al diritto di manifestare la propria volontà di distaccarsi dal procedimento collettivo, introdotto con la riforma del 1966 (con cui si è abbandonato il precedente sistema di *opt-in*, che riconosceva al singolo la libertà di aggregarsi alla *class action*, attraverso la propria attività positiva di partecipazione), è stata riconosciuta, tra l'altro, l'idoneità a perseguire due funzioni relevantissime: da un lato, la salvaguardia del principio costituzionale del *due process of law*⁽⁴³⁾, dall'altro, la possibilità di radicare il potere giurisdizionale nei confronti di soggetti residenti in Stati diversi da quello di proposizione dell'azione⁽⁴⁴⁾ (per il convenuto, invece, deve sussistere il *requirement* giurisprudenziale del *minimum contact*). Per le *class actions* di tipologia *b1*) e *b2*) la garanzia del *due process*, viceversa, viene soddisfatta (per gli assenti)

attraverso il controllo giurisdizionale sull'adeguatezza della rappresentanza dell'attore (e dell'avvocato), il riconoscimento del diritto di impugnare il giudicato collettivo dando prova dell'inadeguatezza della rappresentanza o del conflitto d'interessi (circostanza che indica come l'accertamento dell'effetto preclusivo del giudicato collettivo vada oltre la mera verifica dei limiti soggettivi e oggettivi dell'azione proposta, "inquinandosi" con le valutazioni "collettistiche" relative all'adeguatezza della rappresentanza), nonché mediante la predisposizione e l'invio di *notices* anche non individuali (garantite da un corretto esercizio dei poteri riconosciuti al giudice dalla lettera *d*) della *Rule 23*). Le *notices*, inoltre, devono essere idonee a raggiungere un campione casuale di componenti della classe abbastanza ampio da garantire che praticamente ogni tipo di eventuale dissenso abbia un'effettiva possibilità di essere manifestato.

Problemi particolari sono emersi in caso di presenza simultanea dei presupposti di certificazione della categoria *b3* (*non-mandatory class actions*) con quelli delle tipologie *b1*) o *b2*) (*mandatory class actions*), specie con riferimento all'individuazione del regime della *notice* e dell'*opt-out*, come nel caso di azioni risarcitorie in presenza della potenziale insolvenza del convenuto o del cumulo di domande risarcitorie ed ingiuntive. La giurisprudenza ha seguito orientamenti prammatici, ad esempio, verificando la prevalenza dell'azione ingiuntiva su quella risarcitoria per scongiurare abusi nell'utilizzo delle *non-mandatory class actions*, finalizzate esclusivamente ad evitare le costose formalità della *notice* individuale e il rischio di frantumazione della classe per l'esercizio dell'*opt-out*⁽⁴⁵⁾. In alcuni casi le corti federali hanno fatto uso del proprio potere discrezionale di direzione e di gestione del processo, previsto dalla lettera *d*) della *Rule 23*⁽⁴⁶⁾, imponendosi in via giurisprudenziale, l'invio di *notices* informative alla classe e, talvolta, il diritto di *opt-out*, in circostanze anche non previste dalla stessa *Rule 23*.

Ottenuta la certificazione, effettuate le eventuali *notices* disposte dal giudice, spirato il termine per l'esercizio dell'eventuale *opt-out right*, i provvedimenti del giudice che devono descrivere la classe al fine di identificarne gli appartenenti (e nel caso delle *class actions* del tipo *b3*), anche indicando coloro cui è stata diretta la *notice* nonché coloro che non hanno richiesto l'esclusione), sono potenzialmente idonei ad acquistare efficacia di giudicato nei confronti di tutti gli appartenenti della classe, con la sola eccezione di coloro che abbiano legittimamente manifestato la volontà di non esserne vincolati.

Le *class actions* hanno avuto grande successo negli Stati Uniti assicurando principalmente, ad ogni americano, di avere accesso alla giustizia con modalità efficienti ed economiche, anche se per pretese di modesto ammontare, tutelando il diritto di ciascuno ad avere il proprio giorno in Corte (*right to have its own day in court*). Le *class actions*, inoltre, sono state anche affidatarie di funzioni di deterrenza in quanto hanno stimolato comportamenti migliorativi degli operatori che, altrimenti, non avvertendo il rischio potenziali iniziative giudiziarie, avrebbero avuto deboli motivazioni a rispettare le disposizioni normative e le regole di condotta improntate a lealtà e correttezza nelle relazioni economiche. Ad esse, tra l'altro, si è fatto ricorso per tutelarsi contro produttori e distributori di prodotti come *monitors* da *computer*, amianto e tabacco; contro pratiche d'affari in danno ai consumatori; contro emittenti che abbiano diffuso false informazioni sui mercati finanziari; contro datori di lavoro per pratiche discriminatorie a carico dei lavoratori; contro pratiche anticoncorrenziali e di pubblicità decettiva e così via.

I motivi del loro successo si rinvengono nell'intreccio tra i principi e le prassi giuridico-economiche statunitensi che hanno favorito lo sviluppo di una sorta di "*imprenditoria forense*" e lo specializzarsi di enormi *law firms* sia nell'assistenza dei *plaintiffs* (attori) che nella difesa delle controparti abituali delle classi. L'assenza della regola della soccombenza (*l'american rule*⁽⁴⁷⁾ che, pur se sussistono numerose eccezioni e deroghe legislative e giurisprudenziali, postula che ogni parte sopporti le proprie spese facendo così innalzare il costo dell'azione giudiziaria) e l'ammissibilità di patti di quota lite (che si risolvono in una sorta di finanziamento da parte dell'avvocato che, in cambio di una percentuale del risultato positivo della lite, non solo rinuncia alla percezione dei propri onorari, ma anticipa anche le spese processuali) hanno rappresentato la linfa vitale del sistema.

Tuttavia, come ogni strumento, essenzialmente neutro, anche le *class actions* sono state utilizzate, in talune occasioni in modo patologico e molti *class counsels* hanno tenuto comportamenti in conflitto con gli interessi della classe, specie in fase di *settlement* (transazione). Solo per fare alcuni esempi in alcune transazioni sono mancati i dovuti controlli dei giudici e, pertanto, mentre gli avvocati hanno lucrato ingenti guadagni, i membri della classe hanno goduto solo di *coupons* per l'acquisto dei prodotti del convenuto (c.d. *coupon settlements*), pur essendo la *class action* certificata per un *monetary relief*; in altre è mancata un'approfondita analisi dei c.d. *clear sailing agreements* (accordi tra avvocato dell'attore e convenuto con cui, quest'ultimo, pattuisce di non sollevare obiezioni in relazione all'ammontare degli onorari proposti a favore del *class counsel*); in altre ancora, si è finito con l'allargare l'oggetto della transazione a pretese che non erano state indicate nella certificazione al fine di ampliare l'effetto preclusivo del *settlement*.

Tuttavia, anche il verificarsi di fenomeni patologici non ha potuto ribaltare la circostanza che le *class actions* hanno reso un buon servizio al "sistema America" che, di recente, lungi dall'obliterare lo strumento, sta verificando una serie di proposte legislative volte all'eliminazione di quei meccanismi perversi, potenzialmente idonei a trasformare il legittimo esercizio del diritto di azione in forma rappresentativa in strumento ricattatorio di estorsione, finalizzato ad ottenere certificazioni di azioni di classe esclusivamente per pervenire alla conclusione di transazioni miliardarie, caratterizzate da ingentissime *fees* per gli avvocati. Si tratta delle proposte presentate presso il Senato e la Camera dei Rappresentanti del Congresso degli Stati Uniti, volte all'approvazione del *Class Action Fairness Act 2003*⁽⁴⁸⁾ meglio conosciuto come il *bill* della *federalizzazione delle class actions*. La proposta, al fine di eliminare i ricorrenti fenomeni del *forum shopping* e dell'applicazione della normativa statale al di là dei confini nazionali, prevede una modifica dei criteri che presiedono al riparto della giurisdizione tra corti federali e statali, stabilendo la cognizione federale per le sole *class actions* con valore superiore a 2 milioni di dollari che coinvolgano più di 100 persone⁽⁴⁹⁾ mentre, tutte le altre, potranno essere radicate presso i giudici statali.

5. - Nell'ultimo decennio si è assistito ad una proliferazione della normativa in materia di *class action* in talune delle province canadesi. Pur se fino a poco tempo fa le *class actions* erano confinate nel territorio del Quebec⁽⁵⁰⁾, Ontario⁽⁵¹⁾ e British Columbia⁽⁵²⁾, sembra che il *trend* vada in direzione di una progressiva ed ulteriore espansione verso altre province. Rispettivamente nel gennaio e nell'aprile 2002 Saskatchewan⁽⁵³⁾ e Newfoundland⁽⁵⁴⁾ si sono dotate di una propria disciplina in materia. In Alberta⁽⁵⁵⁾ e Manitoba⁽⁵⁶⁾, speciali Commissioni studio, hanno raccomandato l'implementazione di una legislazione in materia di *class*

proceedings. Le varie normative sono diffusamente ispirate allo *Uniform Class Proceeding Act* 1996⁽⁵⁷⁾ e alla *Rule 23* delle *US Federal Rules of Civil Procedure* pur se, specie con riferimento alla certificazione, i requisiti di procedibilità dei *class proceedings* sono meno restrittivi dei corrispondenti statunitensi.

I legislatori delle province canadesi hanno espressamente perseguito tre obiettivi di politica legislativa: consentire l'accesso alla giustizia per coloro che non avrebbero le possibilità economiche di proporre azioni giudiziali, specie nel caso di pretese di modesto valore (*small claims*); migliorare l'efficienza del sistema giudiziario, evitando contrasti tra giudicati e riunendo i casi identici presso un unico giudice; attuare deterrenza (senza incidere sul diritto sostanziale attraverso l'introduzione di meccanismi di *punitive damages*) stimolando modifiche comportamentali nei grossi operatori economici su cui, in presenza di tante potenziali pretese individuali di piccolo taglio che non riescono ad aggregarsi, non graverebbe, per converso, alcun rischio di attuazione processuale delle situazioni soggettive sostanziali dai medesimi violate.

Ciascun membro della classe (minimo due persone), residente⁽⁵⁸⁾ nelle province che hanno implementato meccanismi di *class proceedings* e che possa lealmente ed adeguatamente rappresentarla (*fair and adequately represent the interests of the class*), può presentare un'istanza di certificazione al giudice competente ove la pretesa vantata (*cause of action*) implichi la risoluzione di questioni comuni (*common issues*). La *class action*, inoltre, deve rappresentare lo strumento processuale preferibile (*the preferable procedure for resolving the common issues*)⁽⁵⁹⁾. Nella prassi, per ragioni di economia ed efficienza, il processo è seguito dallo stesso giudice che si è occupato della certificazione. Il giudice dirige l'espletamento delle formalità che precedono la *certification* e definisce il contenuto e le modalità di diffusione della *notice* (avviso) per i membri assenti della classe che, in Canada, pur non essendo imposta in tutte le previsioni normative delle varie province, è normalmente disposta dalle corti. La comunicazione alla classe è di fondamentale importanza perché, avvenuta la certificazione, tutti coloro che sono individuati come appartenenti alla classe e che non abbiano esercitato l'*opt-out right* (diritto di uscita) saranno vincolati dagli effetti delle pronunce del giudice⁽⁶⁰⁾. La certificazione dovrà descrivere la classe, nominare il *representative plaintiff*, precisare la natura delle pretese, i provvedimenti richiesti e le modalità per esercitare l'*opt-out right* nonché identificare le questioni comuni.

Il sistema processuale canadese consente espressamente che questioni comuni e individuali possano essere trattate all'interno di un unico processo. Dopo la certificazione della classe e l'avviso alla stessa, il giudice ha ampia discrezionalità nel definire l'ordine logico di trattazione delle questioni, ma dovrà, per legge, prima definire quelle comuni a tutta la classe, poi quelle comuni alle varie sottoclassi, successivamente quelle individuali e, da ultimo, ove si tratti di *damages class actions*, effettuare la liquidazione dei danni (in modo aggregato per la classe oppure dando istruzioni per l'ulteriore corso del processo per la liquidazione individuale).

In Canada, in materia di spese processuali, tradizionalmente opera la regola della soccombenza (*english rule*), ovvero *costs follow the event*, potendo la parte vittoriosa recuperare le spese processuali dalla parte perdente (c.d. *fee shifting*). Tuttavia, in più province è stata avvertita l'esigenza di limitare l'operatività della *english rule* nei *class proceedings*⁽⁶¹⁾. In British Columbia, non essendo sufficiente la mera soccombenza, si richiede che il convenuto che voglia recuperare le spese processuali dia prova che la *class action* sia

frivola o vessatoria (*frivolous or vexatious*); in Quebec, è possibile recuperare solo le spese processuali nominali (*nominal costs*); in Ontario, il giudice può escludere il recupero ove sia dell'avviso che la *class action* sia un caso del tutto innovativo, che sollevi un punto di diritto nuovo o una questione di pubblico interesse (*the action is a test case which raises a novel point of law or involves a matter of public interest*). Mentre in British Columbia è stata virtualmente eliminata la regola della soccombenza, in Quebec e Ontario, al fine di rimuovere gli ostacoli d'ordine finanziario che avrebbero potuto impedire lo sviluppo delle *class actions*, si è promossa la costituzione di appositi fondi pubblici, con il compito di erogare, in caso di soccombenza del *representative plaintiff*, le somme necessarie per il pagamento delle spese processuali sostenute dal convenuto vittorioso (comprensive degli onorari degli avvocati solo in Quebec) in cambio del rimborso delle spese e di una percentuale del ricavato della lite (*levy*). Il finanziamento pubblico, pur essendo in linea di principio un'ottima opzione, creando una valida alternativa all'assistenza finanziaria privata (proveniente dagli stessi appartenenti alla classe, da avvocati e consulenti, da banche, società finanziarie e di assicurazione...), ha riscosso grande successo in Quebec mentre si è rivelato un fallimento in Ontario⁽⁶²⁾ a causa delle diverse modalità operative e strutturali dei rispettivi sistemi di funzionamento. A parte la presenza di *requirements* più stringenti per la concessione dei finanziamenti (l'istante deve, tra l'altro, allegare un parere legale in merito alla fondatezza della *class action* e fornire puntuali informazioni su un numero rilevante di circostanze) e l'esiguità della dotazione economica iniziale del fondo (solo \$ 500.000! Un solo *cost order* avrebbe potuto esaurirla interamente), in Ontario si è pagato il prezzo di due scelte di politica legislativa (poi dimostrate inopportune), ossia la fissazione di una percentuale sul ricavato della lite in misura fissa ed elevata (10%) da corrispondersi al fondo in caso di esito positivo della controversia e la circostanza che la *levy* può essere riscossa solo nei confronti di quelle *class actions* che siano state finanziate dal fondo medesimo. In Quebec, la misura dell'imposizione oscilla da un minimo del 2% ad un massimo del 10% (ma nella prassi si sono applicate sempre aliquote basse) e vi sono assoggettati tutti i *class proceedings*. Peraltro, da un lato, il fondo può operare in modo meno gravoso perché le spese processuali da corrispondere sono più ristrette (solo i *nominal costs*), dall'altro, il sistema è più efficiente stante la possibilità per il convenuto di fare richiesta diretta di pagamento al fondo (che può riservarsi la possibilità di agire in regresso verso il *representative plaintiff*).

La giurisprudenza canadese ha riconosciuto in più occasioni la necessità di creare incentivi che partecipino all'eliminazione degli ostacoli che possano impedire la realizzazione della finalità principale che ha animato le riforme processuali in materia di *class actions* migliorando l'accesso alla giustizia attraverso il riconoscimento della possibilità di effettuare aggregazioni di pretese seriali o che presentino questioni comuni.

Con questo spirito ha affrontato il problema degli accordi di *quota litis* che, mentre sono considerati leciti in British Columbia e in Quebec, sono, viceversa, tradizionalmente qualificati illeciti in Ontario. In quest'ultima provincia si è introdotta, all'interno della normativa generale in materia di *class actions* (la *Section 33* del *Class Proceeding Act 1992*), una disposizione speciale che ha espressamente consentito queste pattuizioni nei *class proceedings*.

In tutte le province, comunque, i patti di quota lite non possono essere eseguiti se non previa approvazione del giudice.

Pur nel quadro di una liceizzazione piena dei patti di quota lite prevista a livello legislativo, la giurisprudenza canadese si è riservata un importante ruolo di controllo sulle pattuizioni relative agli onorari, chiarendo l'ammissibilità sia di patti del tipo "*no win no fee*" (il compenso è dovuto solo in caso di vittoria), anche in combinazione con metodi di *uplift* (aumento percentuale della tariffa ordinaria calcolato non in relazione al valore dei beni oggetto della controversia ma in riferimento alla stessa tariffa base, computata secondo il metodo del moltiplicatore⁽⁶³⁾ - *multiplier fee* -, cui si aggiunge la c.d. *contingency fee*), sia di patti puri di *quota litis* pura (tariffa in percentuale al ricavato della lite), che dovranno comunque essere giustificati dal livello di rischio sopportato dall'avvocato unitamente al grado di successo o di risultato raggiunto⁽⁶⁴⁾.

6. - Tradizionalmente, nell'ordinamento giuridico australiano⁽⁶⁵⁾, la c.d. *multi-party litigation* è stata per lungo tempo limitata allo strumento della *representative action*⁽⁶⁶⁾ di *common law* che, di fatto, ha trovato una scarsissima applicazione a fronte dei consolidati orientamenti giurisprudenziali restrittivi sul *same interest*⁽⁶⁷⁾. Pertanto, di recente, si sono implementati nuovi meccanismi processuali che rendono il sistema australiano, almeno sulla carta, il più liberale al mondo per la proposizione di *class actions* (c.d. *plaintiff-friendly*).

Al fine di migliorare l'accesso alla giustizia, ridurre i costi dei processi e promuovere l'efficienza nell'uso delle risorse delle corti, la procedibilità attraverso *class actions* (ivi denominate *representative proceedings* - per i giudizi presso le corti federali - e *group proceedings* - per quelli presso le corti dello Stato di Vittoria -) è stata consentita innanzi a tutte le corti federali nonché presso le corti statali dello Stato di Vittoria, rispettivamente dal *Federal Court of Australia Amendment Act* 1991, no. 181, § 3⁽⁶⁸⁾ e dal *Supreme Court Rules* 1999, ch. 1, am. 11⁽⁶⁹⁾, non ammessa, viceversa, nelle corti statali degli altri Stati che non hanno introdotto ancora una normativa *ad hoc*⁽⁷⁰⁾.

I due atti normativi, impugnati presso l'*High Court of Australia* per pretesa incostituzionalità, hanno superato il vaglio della Suprema Corte australiana⁽⁷¹⁾ e riscosso un grande successo perché, introducendo un rilassamento dei requisiti rispetto al sistema statunitense⁽⁷²⁾, favoriscono il ricorso alle *class actions* non richiedendo, tra l'altro, alcuna certificazione giudiziale della classe. In presenza dei requisiti stabiliti dalla legge (presenza di sette o più persone contro un medesimo convenuto che facciano valere pretese originate da stesse, simili o connesse circostanze di fatto e diano luogo a rilevanti questioni comuni di fatto o di diritto), ciascun titolare della pretesa comune alla classe ha diritto di azionarla attraverso un *representative group proceeding*, incombando, viceversa, sul convenuto l'onere di provare che la *class actions* sia frivola o oppressiva oppure che lo strumento processuale non sia il più efficiente a disposizione dell'attore per la tutela della situazione soggettiva vantata.

L'attore, che deve essere in grado di rappresentare adeguatamente il gruppo, è obbligato a descrivere i contorni della classe, ma non ad identificare, nominare o indicare il numero dei componenti della stessa. Il giudice può, in ogni momento, modificare i tratti definitivi della classe, persino includendo ulteriori soggetti il cui diritto non era ancora sorto al tempo della proposizione della domanda.

Pur non essendo richiesto il consenso dei membri della classe rappresentata, agli stessi è riconosciuto il diritto di esercitare l'*opt-out* attraverso una comunicazione scritta indirizzata alla corte, che dovrà stabilire il termine entro cui far pervenire la manifestazione di volontà di

dissociazione dalla procedura collettiva. La pronuncia sarà vincolante per tutti coloro che sono nella stessa descritti ed identificati come membri della classe e che non abbiano esercitato l'*opt-out right*. Per rendere effettivamente operante la possibilità di manifestare il proprio dissenso alla procedura collettiva, esercitando in modo informato l'*opt-out right*, è previsto che la classe sia destinataria di un avviso informativo circa l'esistenza della *class action* e del suo oggetto nonché delle eventuali forme di partecipazione disponibili. Al giudice è riconosciuta ampia discrezionalità nella scelta del mezzo e delle modalità di diffusione della comunicazione alla classe. In un caso recente⁽⁷³⁾, in particolare, accanto ai tradizionali annunci su quotidiani o pubblicità a mezzo radio e televisione, una corte federale, ha deciso di predisporre un apposito website, a spese dell'attore, per informare gli eventuali componenti della classe della proposizione di una *class action* risarcitoria per 750 milioni di dollari contro la società GIO nonché di fornire i dettagli precisi della pretesa attivata mettendo a disposizione i *pleadings*.

Anche in Australia, sistema tradizionalmente ancorato alla *english rule* in materia di spese processuali (*costs follow the event* ovvero regola della soccombenza), il legislatore e la giurisprudenza federali hanno avvertito gli stringenti problemi relativi, da un lato, alla necessaria riduzione degli ostacoli di ordine economico (che potrebbero sortire effetti negativi sull'effettiva utilizzazione delle *class actions*), dall'altro, all'importante inserimento di meccanismi di tipo deterrente volti a limitare l'insorgenza di quei fenomeni patologici gravemente manifestatisi negli Stati Uniti e/o di tipo incentivante che agevolino la promozione delle modalità processuali di gruppo.

In particolare, al fine di impedire che gli avvocati designino *men of straw* (uomini di paglia) come *representative party* (unico soggetto ad essere personalmente responsabile per il pagamento delle spese processuali sopportate dal convenuto, in quanto nessun carico è imposto agli assenti nei cui confronti si produrranno solo gli effetti sfavorevoli del giudicato salvo abbiano esercitato l'*opt-out*) per avventurarsi in azioni legali prive di fondamento (senza accollarsi alcun rischio), con intenti ricattatori volti al raggiungimento di transazioni milionarie, la giurisprudenza federale ha maturato una prassi tesa a chiedere garanzie per le spese processuali in capo all'attore in caso di soccombenza⁽⁷⁴⁾ e, nei casi più gravi, a fronte dell'incapienza dell'attore, all'esito (negativo) della lite, ha affermato la responsabilità civile dell'avvocato per non aver accuratamente valutato prima dell'accettazione del mandato le prospettive di successo dell'azione collettiva (che già al tempo della proposizione della domanda si manifestava palesemente infondata)⁽⁷⁵⁾.

In Australia, tradizionalmente, i patti di quota lite sono stati proibiti a livello penale, civile e deontologico (non sussistono azioni per l'adempimento). Il crimine di *champerty* punisce la stipulazione di accordi di *quota litis* in quanto contrari al pubblico interesse. Tuttavia, attraverso recenti riforme legislative, pur rimanendo l'illiceità dei veri *contingency fee agreements* (patti di quota lite), in cui la percentuale da corrispondere all'avvocato vittorioso è commisurata all'ammontare dei danni risarciti o al valore dei beni in contestazione, sono state liceizzate le pattuizioni del tipo *no win no fee* (se non vinci non sei pagato), anche in combinazione con meccanismi di *uplift* o *speculative fees* (l'avvocato in caso di vittoria, oltre alla tariffa ordinaria, ha diritto ad un supplemento di onorario computato anche in percentuale rispetto alla tariffa base). È stato, altresì, consentito il ricorso a forme di pubblicità delle *class actions* da parte degli avvocati.

Proprio una delle *class actions* più famose⁽⁷⁶⁾ è stata finanziata attraverso un *uplift fee agreement* in combinazione con una clausola *no win no fee* che, a seguito di rigorsi controlli e pur in assenza di un'espressa previsione normativa che riconosca ai giudici australiani poteri di approvazione degli accordi raggiunti nell'ambito di una *class action*⁽⁷⁷⁾ (in materia di onorari tra avvocati e difensore della classe), la corte australiana ha dichiarato non *enforceable* (ineseguibile). Si è affermato che la mancanza di informativa nella *notice* alla classe in relazione ai dettagli delle pattuizioni di *uplift* (la cui misura era stata fissata al 25%) e l'omessa avvertenza circa le responsabilità relative alle spese processuali (che andavano ad incidere in misura notevole sull'ammontare del risarcimento ottenuto) sarebbero stati indici di una condotta sleale ed irragionevole che andava sanzionata rendendo non eseguibili le pattuizioni.

La giurisprudenza australiana ha, altresì, risolto in senso positivo la questione della liceità dei contratti di finanziamento della lite, da parte di soggetti terzi, con cui si pattuisce, in caso di vittoria il diritto del finanziatore, in cambio dell'assistenza prestata, ad una quota percentuale del ricavato della controversia in aggiunta alle spese sostenute e all'obbligo dello stesso di tenere indenne la *representative party* in caso di insuccesso⁽⁷⁸⁾. In una *class action* proposta da alcuni investitori, che avevano stipulato un contratto di finanziamento con una società di *private litigation lending*, la *Insolvency Management Fund Limited (IMF Ltd.)*, in base al quale a detta società sarebbe spettato il 35% del ricavato della lite, il convenuto, ha richiesto la sospensione del giudizio eccependo che l'accordo relativo al finanziamento della lite avrebbe violato il divieto di *maintenance* e *champerty*⁽⁷⁹⁾. Il giudice, ricordando al convenuto che i casi di *maintenance* e *champerty* non costituiscono più reato nell'ordinamento australiano e che, sotto il profilo civilistico, potrebbero rilevare solo in presenza di un effettivo *abuse of process*, ha rigettato l'eccezione, affermando non provata la pretesa condotta di abuso processuale del terzo finanziatore. La pronuncia si dimostra pregevole sotto più profili. Innanzitutto, sancisce la liceità dell'attività delle società che svolgono attività di finanziamento delle controversie promuovendo l'iniziativa privata nel settore e consentendo, al contempo, al sistema pubblico di assistenza legale per i non abbienti, di tirare un sospiro di sollievo. D'altra parte, il giudice lancia anche un monito alle società di *private litigation lending* (finanziarie dell'attività contenziosa privata), precisando che l'attività di finanziamento e le attività di indagine (sia quelle precedenti la concessione dello stesso sia quelle successive compiute in corso di causa), lungi dal manifestarsi in indebite interferenze nell'attività processuale (che, potendo essere sanzionate con la dichiarazione di improcedibilità della controversia come *class action*, farebbero perdere alla società di finanziamento tutto quanto dalla stessa anticipato), non devono superare i limiti consentiti alla normale attività di un creditore.

Ciò non significa che l'attività di finanziamento debba essere svolta al buio, senza effettuare indagini sulla fondatezza della *class action* e sull'andamento e la gestione del processo da parte dell'avvocato e della *representative party*. In una recente pronuncia⁽⁸⁰⁾, difatti, la corte federale ha sostenuto che il finanziatore è direttamente responsabile nei confronti del convenuto, pur non essendo quest'ultimo parte del contratto di finanziamento né il finanziatore parte della lite.

7. - Anche in Europa, pur non riscontrandosi esperienze processuali analoghe a quelle statunitensi, si registra un crescente interesse verso le *class actions*, finalizzato alla

predisposizione di efficaci strumenti giuridici processuali specificamente rivolti alla tutela in forma aggregata di situazioni controverse di natura seriale caratterizzate da questioni di fatto e di diritto simili o comuni ⁽⁸¹⁾.

Tra gli Stati europei, il primo a munirsi di una disciplina compiuta in materia, adeguando le proprie regole processuali alle peculiarità del contenzioso seriale, tipico delle moderne economie degli Stati industrializzati, è stato il Regno Unito con le riforme del 1998 (*Rule 19.6 del Civil Procedure Rules*) e del 2000 (*Rule 19.10-19.15 del Civil Procedure Rules*).

La prima (c.d. *Woolf Reform*) ha cercato di rivitalizzare la *representative suit* consentendo a chiunque abbia, in una situazione controversa, il medesimo interesse (*same interest*) di altri, di poter esperire l'azione rappresentativa per conto di questi (pur se il giudice può vietare questa rappresentanza). In questo caso, salvo disposizione contraria della corte, il giudicato è vincolante per tutti i soggetti rappresentati. Nelle sue rinnovate vesti, lo strumento, pur essendo stato nella sua versione originaria il progenitore delle *class actions* americane, non ha riscosso gran successo nella prassi forense inglese.

Pertanto, nel maggio 2000, si è approvata una seconda e più rilevante riforma, quella relativa alla *group litigation* (GL) che consente al giudice, anche d'ufficio, di emettere un ordine (GLO o *Group Litigation Order*) che identifica, in presenza di questioni di fatto o di diritto comuni o connesse e di un numero rilevante di potenziali controversie, il *litigation group*, che dovrà essere sottoposto alla cognizione di un unico soggetto giudicante (*management court*) ⁽⁸²⁾, presso cui viene costituito un registro (*group register*) in cui andranno inserite tutte le controversie relative al gruppo ⁽⁸³⁾. La pronuncia sia positiva che negativa (in questo caso l'appello può essere concesso dal giudice) sarà automaticamente vincolante solo per quelle pretese che siano iscritte nel registro al tempo dell'adozione del provvedimento mentre il giudice conserva il potere di stabilire in quale misura sarà vincolante per quelle con data di iscrizione successiva (*Rule 19.12*).

Il meccanismo si presenta diverso dalle class actions statunitensi, in quanto, è più flessibile (non essendo necessarie né la sostanziale omogeneità delle pretese né la predominanza delle questioni collettive su quelle individuali) ⁽⁸⁴⁾ ed è fondato su un sistema di *opt-in*. Difatti, chi vuole assoggettarsi agli effetti della pronuncia resa per il gruppo, ove abbia i requisiti di appartenenza allo stesso, è tenuto ad iscriversi nel registro, in mancanza, gli effetti della sentenza non gli si estenderanno. Tuttavia, a fronte di un ingresso libero, non si riscontra analoga libertà di uscita poiché la parte può chiedere di essere cancellata dal registro ma, ad ogni modo, la decisione spetterà al giudice che potrà altresì dare indicazioni in relazione alla gestione futura della controversia (*Rule 19.14*).

Né gli sforzi innovativi si sono arrestati! Recentemente, infatti, per colmare specifiche lacune del sistema inglese (allo stato, di fatto, il "*group*" si aggrega precipuamente attorno ad avvocati, in quanto l'attore rappresentativo deve comunque essere titolare della situazione soggettiva in contestazione, comune al gruppo), è stato proposto di estendere la legittimazione a chiedere *Group Litigation Orders* ai c.d. *representative bodies* (es. associazioni di consumatori o ambientaliste) ⁽⁸⁵⁾ e alle *public enforcement authorities* ⁽⁸⁶⁾, anche per facilitare l'esperimento di azioni risarcitorie rappresentative per conto dei consumatori danneggiati da violazioni del diritto della concorrenza (*Competition White Paper*) ⁽⁸⁷⁾.

Il legislatore inglese, tuttavia, con la glaciale ma lucida concretezza d'oltre Manica, consapevole che il mero miglioramento dello strumentario processuale, solo sulla carta, non avrebbe portato alcun beneficio alla tutela delle pretese collettive seriali in termini di accesso alla giustizia in un Paese tradizionalmente ancorato alla regola della soccombenza⁽⁸⁸⁾ se non si fosse contemporaneamente messa mano ad una riforma in materia di spese processuali, ha varato la *Conditional Fee Agreement Regulation 2000* (CFAR 2000), che consente la realizzazione effettiva del diritto di ottenere un GLO anche per coloro che non possono sopportare il rischio di dover pagare le spese processuali del convenuto in caso di soccombenza. Consapevole, altresì, che il successo delle *class actions* negli Stati Uniti dipende, di fatto, anche dalla possibilità per gli avvocati di gestire in modo elastico il corrispettivo della propria opera professionale nonché di investire sull'esito della controversia collettiva (anticipando le spese processuali, stipulando patti di quota lite, pubblicizzando l'azione legale e sollecitando finanziamenti esterni), il legislatore, pur restando fedele al principio tradizionale del divieto di *champerty* (patto di quota lite), avendo di mira l'obiettivo di incentivare e stimolare la promozione della *group litigation*, ha introdotto strumenti che si avvicinano alla normativa australiana relativa all'*uplift* o *speculative fee*.

Il nuovo sistema, non rinnegando la tradizionale avversione al patto di quota lite, si fonda sul contratto di *conditional fee* (tariffa condizionata), con cui si pattuisce che l'avvocato riceverà dal cliente, in caso di vittoria, accanto alla tariffa ordinaria (*basic fee*) calcolata in base alle ore lavorate moltiplicate per il tasso orario pattuito (secondo l'ordinario sistema inglese), una maggiorazione per il successo (*success fee* o *uplift*) mentre, nulla sarà dovuto, in caso di soccombenza (*no win no fee*). La *success fee* si concretizza in un compenso percentuale calcolato sulla tariffa ordinaria (in questo si differenzia dall'autentico patto di quota lite che prevede, viceversa, come termine di riferimento per il calcolo percentuale, la somma ottenuta a titolo di risarcimento del danno globalmente corrisposta alla classe), la cui misura, da concordarsi (ma mai superiore al 100% della tariffa base)⁽⁸⁹⁾, dipende dal livello di rischiosità, dai tempi e dalle modalità della pattuizione⁽⁹⁰⁾ stessa.

Nella prassi, il *conditional fee agreement* è perfezionato dalle parti solo in presenza di una polizza assicurativa (*insurance policy*) che copra il rischio di pagamento delle spese processuali da parte dell'attore in favore del convenuto vittorioso (è possibile anche ottenere la copertura assicurativa per il pagamento degli onorari dell'avvocato dell'attore soccombente, cosa non garantita dal *conditional fee agreement*). Il sistema è decollato anche grazie ad una recente normativa entrata in vigore dal 1° aprile 2000 che ha consentito ai giudici di adottare *costs orders* avverso la controparte della classe, sia per il pagamento degli onorari del *class counsel* che per quello del premio assicurativo, purché sia data notizia al convenuto dell'esistenza del *conditional fee agreement* e dell'*insurance policy* (non dell'ammontare degli onorari e del premio della polizza!). Il giudice, tuttavia, ha ampi poteri di quantificazione delle spese processuali e potrebbe concedere un recupero solo parziale della *success fee* e del premio assicurativo.

Gli strumenti delineati assicurano la promozione della *group litigation* (gli incentivi per gli avvocati consistono nella *success fee*, in caso di vittoria, e nella percezione dei minimi tariffari, in caso di soccombenza, ove sussista una polizza che preveda tale eventualità) nel quadro del miglioramento dell'accesso alla giustizia per coloro che non siano in grado di sopportare personalmente il rischio di dover corrispondere le spese processuali al convenuto in caso di

soccombenza (stante il collegamento negoziale con l'*insurance policy*). Essi mirano, indirettamente, anche a raggiungere altri obiettivi garantendo un'accurata analisi, da parte dei soggetti interessati, circa la fondatezza delle pretese (a seguito di una valutazione negativa delle possibilità di successo della causa nessuna assicurazione stipulerà alcuna polizza, alcun cliente sopporterà il pagamento di pesanti premi, nessun avvocato sopporterà il rischio di non percepire onorari) e maggiori sforzi nella ricerca di soluzioni extragiudiziali, nonché acquisendo un'accresciuta consapevolezza circa i punti controversi da sottoporre a giudizio e potenziando, conseguentemente, l'efficienza e la velocità del processo stesso.

8. - Negli Stati Uniti durante gli anni novanta si è posta all'attenzione delle corti la complessa questione dell'ammissibilità delle *settlement class actions*⁽⁹¹⁾, che si caratterizzano per la prevalenza o esclusività delle finalità transattive che muovono le parti che richiedono la certificazione.

Il perfezionamento degli accordi transattivi in corso di lite, negli Stati Uniti come in Italia, oltre ad essere lecito ed ammissibile è accolto con favore dai giudici e stimolato dal Legislatore.

Tuttavia il problema delle *settlement class actions* risiede nella circostanza che esse sono prevalentemente o unicamente volte a utilizzare la procedibilità in forma aggregata solo per dare al *settlement* il più ampio raggio di copertura al fine di evitare il sorgere di litigiosità futura residuale. Mentre nelle *litigation class actions* le parti presentano rapporti di contrapposizione su questioni di fatto e di diritto nelle *settlement class actions*, viceversa, esse mirano solo a vincolare tutti i membri della classe⁽⁹²⁾.

Nel lontano 1938 sarebbe stato impensabile ricorrere alle *class actions* per ottenere certificazioni dirette esclusivamente a vincolare tutti i membri della classe ad un accordo transattivo essendo considerata la stessa praticabilità delle *damages class actions* come eccezionale in un'ottica di prevalenza dei rimedi individuali. Le *settlement class actions* vengono alla ribalta prepotentemente negli anni novanta a seguito della maggiore sicurezza degli operatori circa l'utilizzabilità delle *damages class actions* consolidatasi negli anni ottanta⁽⁹³⁾. Dopo l'insuccesso nella *Benedict litigation*⁽⁹⁴⁾ il primo caso di certificazione di una *settlement class action* si è riscontrato nel 1986 nella vertenza *Hagood v. Olin Corp.*, in cui il giudice U.W. Clemon della *Northen Distric of Alabama* certificò una *settlement class action* del tipo (b)(1) relativa a 10.000 domande risarcitorie che non erano state ricomprese in una precedente transazione stipulata dalla società convenuta (*Olin Corporation*)⁽⁹⁵⁾. Successivamente, nel 1988, il giudice Robert Merhige Jr. della *Eastern District of Virginia*, rigettando le eccezioni sollevate dalla società di assicurazione convenuta (che eccepiva l'inammissibilità delle *mass torts class actions* e, in via subordinata, l'impossibilità di utilizzare la *Rule 23* al fine esclusivo di transigere), certificò la *settlement class action*⁽⁹⁶⁾.

L'idea delle *mass tort settlement class actions* rimase a dormire per diversi anni finché ritornò in auge con *Bowling v. Pfizer Inc.* (1992), *Georgine v. Amchem Products Liability Litigation* e *Ahearn v. Fibreboard Corp.* (1993), *In Re Silicone Gel Breast Implant Products Liability Litigation* (1994), *In Re Factor VIII or IX Concentrate Blood Products Litigation* e *In re Orthopedic Bone Screw Products Liability Litigation* (1997)⁽⁹⁷⁾. Si è trattato di casi molto diversi in cui sono emerse questioni disparate relative al giudizio congiunto su situazioni soggettive di danneggiati attuali e futuri, ai meccanismi di protezione dei *future claimants*, alla sufficienza del *front-end opt-out* (dissenso precedente al *settlement*) o, viceversa, alla necessità del *back-end opt-out* (garanzia del dissenso anche nella fase successiva

al *settlement*) e, in quest'ultimo caso, alla identificazione di meccanismi di bilanciamento tra l'interesse alla stabilità della transazione collettiva e quello di garanzia delle posizioni individuali (tre transazioni - *Bowling, Georgine e Ahearn* - contenevano previsioni di ADRs, solo in *Bowling* di tipo facoltativo, al fine di escludere l'apertura in futuro di parentesi contenziose di natura giurisdizionale).

La *settlement class action*, tuttavia, non ha avuto vita facile. La celebre sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997) ha reso più difficile alle corti federali la certificazione, stabilendo, a garanzia delle posizioni individuali dei singoli (nel concreto danneggiati futuri) l'obbligo di uno scrutinio più approfondito e intenso specie con riferimento all'adeguatezza della rappresentanza, all'assenza di conflitti di interesse e alla possibilità di realizzare effettivamente e in misura paritaria le pretese di tutti i membri della classe. La sentenza, non sconosciuta alla dottrina italiana⁽⁹⁸⁾, ha affermato, limitatamente alle sole *class action* del tipo *b(3)*, l'improcedibilità in forma di azione di classe ove si voglia agire per la tutela di una *class* composta da vittime attuali e potenziali nel caso in cui la rappresentanza da parte delle prime non soddisfi il requisito dell'adeguatezza né sussista la prevalenza delle questioni comuni su quelle individuali.

Dalla breve rassegna emerge il cauto atteggiamento della Suprema Corte statunitense, che ha invitato i giudici a migliorare il sindacato di controllo in sede di certificazione delle *class actions* che siano portate all'attenzione del giudicante in una fase transattiva già avanzata. La corte dovrebbe riporre estrema attenzione nell'analisi di eventuali collusioni delle parti in danno dei membri della classe assenti.

9. - Dalla descrizione della normativa degli ordinamenti passati in rassegna si evince l'assenza di un modello unico di azione rappresentativa. Pur tenendo come punto di riferimento la disciplina e la prassi statunitense, ciascun Paese ha creato una regolamentazione *ad hoc*, in considerazione dei principi nazionali sia a carattere fondamentale o costituzionale (in Italia irrinunciabili e insopprimibili, salvo modifiche con i conosciuti procedimenti aggravati), sia meramente tradizionali (in Italia modificabili alla luce dell'evoluzione del processo e del diritto sostanziale giustificata dalla necessità di introdurre nuove tutele e garanzie imposte dal mutamento dei rapporti socio-economici). Gli sforzi di adattamento sono stati maggiori nei Paesi che prevedono specifici crimini per la pattuzioni di quota lite e, come si è avuto modo di precisare in precedenza, le soluzioni ivi adottate si sono rivelate moderne e idonee a consentire il decollo dei nuovi strumenti di tutela in forma aggregata delle pretese seriali.

Non si vuol di certo affermare che l'implementazione in Italia di strumenti analoghi, pur se con i dovuti adattamenti alla realtà italiana, sia agevole. La strada, viceversa, è tutta in salita. Molti sono i problemi che il Legislatore dovrebbe porsi e risolvere per mettere a punto una disciplina che si presenti il più possibile chiara e completa. Per evitare i successivi problemi nell'applicazione concreta delle nuove regole da parte degli operatori del diritto, si dovrebbero affrontare in anticipo almeno i principali aspetti di criticità, scegliendo di lasciare quelli di stretta applicazione alla giurisprudenza.

Innanzitutto sembra che dovrebbe essere promosso un regime maggiormente concorrenziale tra i "centri di aggregazione" con un intervento di riforma di più ampio respiro che, non limitato ad operare esclusivamente all'interno della politica dei consumatori, garantisca l'accesso alla giustizia per tutte le pretese potenzialmente azionabili in forma rappresentativa.

Dall'esperienza degli ordinamenti passati in rassegna risulta che il fenomeno sarebbe inverso in considerazione del fatto che l'associazione di categoria non è titolare della pretesa della classe non essendo membro della stessa. Introdotta la *class action* e attribuita la legittimazione rappresentativa a ciascun soggetto membro della classe in quanto titolare della pretesa seriale si è solo in un secondo momento estesa espressamente la legittimazione ad agire in capo alle associazioni di categoria o ad organismi di natura pubblicistica (*agencies o procuratori statali*), perseguendo finalità di miglioramento della tutela della classe, attraverso il pluralismo dei potenziali centri di aggregazione e un assetto maggiormente concorrenziale tra gli stessi. A ciò si aggiunga che, con specifico riferimento al diritto d'azione dei singoli consumatori ed utenti, lo strumento potrebbe risolversi in un'azione di classe obbligatoria (*mandatory class action*) stante l'assenza di previsioni in materia di diritto all'esclusione (*opt-out*), circostanza che sarebbe da conciliarsi con i principi costituzionali in materia di diritto di difesa e *due process*.

Peraltro, l'idea della libertà dei centri di aggregazione, oltre che presente in tutti gli ordinamenti descritti, è anche affermata dai lavori delle Commissioni studio nominate nei Paesi che stanno cercando di implementare meccanismi di protezione di classe ⁽⁹⁹⁾.

Preliminarmente, si potrebbe non solo verificare la compatibilità delle *class actions* con i principi costituzionali ⁽¹⁰⁰⁾ ma anche predisporre incentivi volti a consentire un effettivo decollo delle azioni di classe, sempre che si voglia mettere da parte l'approccio della *representative suit* e della *group litigation* ⁽¹⁰¹⁾.

In particolare, si potrebbe salvare la compatibilità del principio costituzionale della difesa "personale" e "dispositiva" (affermato dalle concezioni processualciviltistiche tradizionali), di cui all'art. 24 della Costituzione, con i valori garantistici ed efficientistici del *due process*, di cui al nuovo articolo 111, adottando un meccanismo di *group litigation* (sul modello inglese) o sistemi di *class actions* con diritti di *opt-out* o *opt-in*. Ciò, ovviamente, solo ove si riesca a raccogliere un ampio consenso sul nuovo principio tipico dei procedimenti rappresentativi che postulerebbe l'estensione degli effetti del giudicato (sia positivi che negativi) a soggetti non parti "effettive" del processo. Ponendosi su tale via bisognerebbe, altresì, valutare se possa attribuirsi la qualità di parte processuale a tutti coloro che chiedano l'inserimento nel registro (ove si adotti un meccanismo di *group litigation*), a quelli che non abbiano esercitato l'*opt-out* nel termine concesso dal giudice (in un sistema di *opt-out class actions*) oppure solo a coloro che abbiano esercitato l'*opt-in* (in un sistema di *opt-in class actions*).

Ove si voglia optare per un modello di autentiche *class actions* si potrebbero definire i limiti soggettivi (*class actions* di attori o solo di convenuti?) e oggettivi del rimedio, tratteggiando l'ambito della "serialità" di quelle pretese idonee a sollevare questioni comuni di fatto o di diritto.

Sul versante dell'ambito soggettivo, all'introduzione delle *plaintiff class actions* (più attori accampano pretese con questioni comuni contro uno o più convenuti) potrebbe accompagnarsi quella delle *defendant class actions* (uno o più attori affermano la spettanza di pretese che sollevano questioni comuni a più convenuti). Situazioni di potenziale applicazione delle *defendant class actions*, potrebbero risultare, solo per fare qualche esempio, in relazione ad azioni di responsabilità nei confronti delle coassicuratrici che potrebbero essere difese dalla delegataria ⁽¹⁰²⁾ o di responsabilità da prospetto ⁽¹⁰³⁾.

Sul versante dell'ambito oggettivo, la "serialità" potrebbe sussistere in presenza di pretese che implicino la risoluzione di questioni di fatto o di diritto comuni (la mera comunanza sarebbe da preferirsi alla medesimezza, visto che storicamente i modelli fondati sul *same interest* non sono decollati). Si potrebbe specificare se sia necessario un numero minimo di pretese o identificare e nominare i membri della classe, se la procedura in forma rappresentativa non sia preclusa dalla necessità di risolvere questioni di natura individuale (unico processo per le questioni collettive e individuali), se le questioni collettive debbano predominare sulle questioni individuali, se il rito in forma aggregata debba essere una procedura superiore o meramente preferibile, alla luce delle circostanze concrete, ad altri strumenti processuali, se sia necessario introdurre il requisito della *typicality* o esso sia da ricomprendersi in quello relativo all'adeguatezza della rappresentanza, se sia necessario esplicitare, almeno a livello esemplificativo, una lista di circostanze che possano orientare il giudice nella verifica dell'*adequacy* del *class representative* (assenza di conflitti di interessi, almeno in relazione alle questioni comuni; presenza di una chiara strategia processuale; esistenza di adeguati mezzi economici che possano consentire un'efficace difesa degli interessi degli assenti; il possesso delle necessarie competenze tecniche da parte dell'avvocato).

Il Legislatore potrebbe, altresì, risolvere la questione della necessità della certificazione, sciogliere l'opzione tra il meccanismo di *opt-in* ("classi deboli") e quello di *opt-out* ("classi forti") sul presupposto dell'implementazione di un efficiente ed efficace sistema di *notices*.

Ove si voglia ragionare dando per acquisito il dato della legittimazione *ex lege* delle associazioni di consumatori (prevista nelle proposte 3838 e 3839), potrebbe essere preferibile un sistema sul modello di quello australiano (che non prevede la certificazione incombendo sul convenuto l'onere di provare che l'azione non possa procedere in forma rappresentativa), perché, in caso contrario, imponendo la certificazione ai c.d. centri di aggregazione "non consumeristici" (ad esempio avvocati del libero foro non affiliati ad associazioni di consumatori), si produrrebbero alterazioni nella libera concorrenza tra le attività di aggregazione delle pretese.

Le associazioni di consumatori potrebbero beneficiare di una legittimazione *ex lege* mentre tutti gli altri centri di aggregazione dovrebbero sottostare alla fase di giudizio relativa alla certificazione e al rischio di un provvedimento negativo, circostanza che, si tradurrebbe nell'imposizione di costi aggiuntivi e in una maggiore incertezza sulla procedibilità in forma rappresentativa.

Qualunque sia l'opzione, il provvedimento di certificazione potrebbe essere dichiarato sempre modificabile (*rebus sic stantibus*) da parte del giudice che l'ha adottato (anche attraverso ordinanze di mutamento del rito) e si potrebbe introdurre un regime speciale per le impugnazioni avverso provvedimenti resi sulla risoluzione delle questioni relative alla certificazione o alla legittimazione delle associazioni consumatori, al fine di raggiungere gli obiettivi di celerità, efficienza e certezza posti dal principio costituzionale del giusto processo.

Con particolare riferimento all'opzione tra meccanismi di *opt-in* ("classi deboli") e di *opt-out* ("classi forti") si consideri che un sistema fondato sull'*opt-in*, postulando un'azione positiva da parte del membro della classe (che dovrebbe comunicare al giudice la sua volontà di partecipare all'azione collettiva), potrebbe risultare più rispettoso dei tradizionali principi

del nostro processo civile e consentirebbe di conoscere le dimensioni e l'identità della classe. Tuttavia, non incentivando la formazione di classi "corpose", non sfruttando a pieno le potenzialità aggregative offerte dalle *class action* (è un modello a metà strada tra il *litigation group* e le *opt-in class actions*) e risolvendosi in uno strumento di intervento "evoluto", potrebbe condurre all'attivazione di molteplici processi separati.

Secondo il sistema di *opt-out* ("classi forti"), viceversa, tutti coloro che siano descritti nel provvedimento di certificazione (o nella *notice* della pendenza della *class action*, nel sistema australiano) ⁽¹⁰⁴⁾ sono vincolati al giudicato, a meno che non manifestino, entro il termine stabilito dal giudice, la volontà di distaccarsi dalla procedura collettiva. Questo sistema, maggioritario a livello mondiale (Stati Uniti, Australia, Canada, proposta svedese, proposta irlandese), consentirebbe la formazione di classi più ampie e coese, che si aggregerebbero in via automatica, prescindendo da eventuali (e costose) azioni positive dei membri assenti, salvo il loro potere di escludersi (che dovrebbe essere riconosciuto in tutti i casi di *class actions*). Tuttavia, questo meccanismo si porrebbe in termini più conflittuali con il principio dispositivo e dell'intangibilità della sfera dei terzi, per i quali *res inter alios acta neque nocet neque prodest* (principi che, nel nostro ordinamento, pur trovano numerose deroghe in campo di diritto sia sostanziale che processuale).

Un sistema *sui generis* è ipotizzato dalla proposta sudafricana, che stabilisce l'obbligatorietà (*mandatory*) di tutte le *class actions*, non riconoscendo alcun diritto di *opt-out* a livello legislativo. Sarebbe compito del giudice dichiarare l'inidoneità della pronuncia giurisdizionale a produrre effetti vincolanti per quei membri della classe che non hanno avuto notizia della *notice*.

Quale che sia il sistema prescelto (a classi forti o deboli) sarebbe in ogni caso necessario implementare un sistema di *notices* che garantisca l'informazione ai membri della classe sia in relazione all'oggetto, alla tempistica dell'azione rappresentativa e ai principali provvedimenti giurisdizionali sia in merito alle possibilità di intervenire e presentare documenti e osservazioni.

La disciplina delle comunicazioni alla classe (*notices*) dovrebbe essere definita con estrema cautela. Si tratta di un adempimento essenziale, in quanto strumentale all'effettivo esercizio dei diritti di *opt-in* o *opt-out*. Solo ove i membri assenti della classe siano informati della pendenza della controversia in forma rappresentativa e degli esatti termini della domanda potranno scegliere liberamente e con consapevolezza se far valere le loro ragioni in via individuale o se "fidarsi" dell'attività dell'attore rappresentativo. Il giudice dovrebbe essere libero di scegliere tra una rosa di mezzi tecnici esemplificativamente indicati dalla norma (da utilizzarsi anche cumulativamente) nonché di imporre strumenti che appaiono maggiormente idonei a perseguire le predette finalità informative nel caso concreto, anche in considerazione dell'evoluzione tecnologica (si ricordi la tecnica del sito Internet adottata dalle corti australiane nel caso GIO).

La stessa ammissibilità delle *class actions* sarebbe garantita dal corretto operare di questa fase, che potrebbe essere l'*escamotage* tecnico per legittimare uno strumento processuale che implichi la produzione degli effetti del giudicato (sia positivi che negativi) in capo a soggetti che non siano "parti effettive", a meno che non si allarghi il concetto di parte processuale a tutti coloro che non abbiano esercitato l'*opt-out* nel termine concesso dal

giudice (in un sistema di *opt-out class actions*) oppure solo a coloro che abbiano esercitato l'*opt-in* (in un sistema di *opt-in class actions*).

L'invio di *notices* alla classe potrebbe essere considerato necessario in caso di offerte di transazioni, di provvedimenti incidenti sulle questioni di interesse comune e in ogni momento in cui il giudice lo ritenga opportuno.

Il Legislatore, che voglia mettere a punto un meccanismo adeguato, efficiente, efficace ed effettivamente azionabile, non tralasciando ulteriori e delicati problemi ⁽¹⁰⁵⁾, dovrebbe essere consapevole che l'introduzione in via legislativa delle *class actions* in Italia non implicherebbe automaticamente l'effettiva utilizzazione dello strumento la cui operatività, infatti, sarebbe comunque condizionata da una serie di fattori tra cui i canali di finanziamento.

L'esperienza degli altri Paesi dimostra che, pur non abbandonando i tradizionali principi della soccombenza e del divieto del patto di quota lite (ivi penalmente sanzionati), è possibile introdurre meccanismi che legittimino strumenti di finanziamento di natura sia pubblica che privata.

Sul versante pubblicistico le alternative potrebbero essere costituite da fondi specificamente destinati al finanziamento delle *class actions* (Canada) oppure dal potenziamento dell'attuale sistema di assistenza per i non abbienti (Irlanda, Sud Africa, Regno Unito).

Sul versante del finanziamento privato, pur rimanendo fedeli ai principi della soccombenza e del divieto di *quota litis*, sarebbe necessario verificare alla luce degli attuali orientamenti giurisprudenziali in materia di patto di quota lite (art. 2233 c.c.) ⁽¹⁰⁶⁾ - che, peraltro, porrebbe essere ritenuto contrastante con la normativa in materia di concorrenza ⁽¹⁰⁷⁾ -, di condotte integranti il reato di patrocinio o consulenza infedele (art. 380 c.p.) ⁽¹⁰⁸⁾, nonché della *ratio legis* e degli interessi ivi protetti, l'ammissibilità di tecniche negoziali tra clienti ed avvocati sulla falsariga del "*no win no fee*", del "*conditional fee agreement*" (con polizza assicurativa) o dell'"*uplift/speculative fee*" ⁽¹⁰⁹⁾.

Sarebbe, altresì, necessario valutare se in Italia sussistano norme di divieto (di natura civile, penale o deontologica) che possano precludere lo sviluppo di attività di assicurazione simili a quelle diffuse nel Regno Unito o di una tipologia di attività di finanziamento affine a quella svolta dalle *private litigation lending companies* australiane.

(*) Si ringraziano per le preziose indicazioni il Maestro Gennaro Soricelli, e per la collaborazione l'Avv. Maria Carla Galli.

(1) Cassazione, Sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475.

(2) Pubblicato su Il Sole 24 Ore del 4 febbraio 2004 "*Nuova Consob per allargare le tutele*".

(3) Camera dei Deputati, proposta di legge A.C. n. 3838, del 27 marzo 2003, (On. Bonito e altri) "*Modifica all'articolo 3 della legge 30 luglio 1998, n. 281, recante disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, e introduzione nel sistema di tutela dei diritti dell'azione di gruppo*".
Art. 1

All'art. 3, comma 1°, lettera b), della l. 30 luglio 1998, n. 281, sono aggiunte le seguenti parole: "*ivi compresi il risarcimento dei danni e la restituzione di somme dovute direttamente ai singoli consumatori e utenti interessati, in conseguenza di atti illeciti plurioffensivi commessi dal*

professionista ovvero di inadempimenti o di violazioni da esso commessi nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità previste dall'articolo 1342 del codice civile, che ledono i diritti di una pluralità di consumatori e di utenti".

(4) Camera dei Deputati, proposta di legge A.C. n. 3839, del 27 marzo 2003. (On. Lettieri e altri) recante, *"Disposizioni per l'introduzione dell'"azione di classe" a tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti".*
Art. 1

All'art. 3, comma 1° della l. 30 luglio 1998, n. 281, è aggiunta, in fine, la seguente lettera: *"c-bis) di accertare e dichiarare il diritto di una determinata categoria di consumatori o di utenti ad ottenere un'indennità ovvero un risarcimento dei danni subiti in conseguenza di atti o di comportamenti posti in essere nell'esecuzione o nell'adempimento di uno dei contratti di cui all'articolo 1342 del codice civile, mediante l'emanazione di un provvedimento di condanna, ovvero di un provvedimento di omologazione di un accordo transattivo concluso dalle parti in sede giudiziaria. Tali provvedimenti possono essere impugnati dai singoli appartenenti alla categoria di consumatori o di utenti destinatari della pronuncia, che dimostrino l'iniquità della stessa nell'attuazione dei loro diritti. A seguito di pubblicazione del provvedimento di condanna ovvero di omologazione dell'accordo giudiziale transattivo, il singolo consumatore o utente può agire giudizialmente, in contraddittorio, al fine di chiedere l'accertamento, in capo a se stesso, dei requisiti individuati dallo stesso provvedimento, e la determinazione precisa dell'ammontare del risarcimento dei danni o dell'indennità, riconosciuti ai sensi del medesimo provvedimento. La pronuncia costituisce titolo esecutivo nei confronti del comune contraddittore".*
Art. 2

All'art. 7, comma 3° del codice di procedura civile, è aggiunto, in fine, il seguente numero: *"3-bis. per i giudizi di accertamento di cui all'articolo 3, comma 1, lettera c-bis), della legge 30 luglio 1998, n. 281".*
Art. 3

All'art. 10, comma 1° del t.u. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: *"e i procedimenti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera c-bis), della legge 30 luglio 1998, n. 281".*

(5) Dir. Ce 4 novembre 2003/71 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari e che modifica la dir. Ce 2001/34.

(6) Dir. Ce 80/390 del Consiglio, del 17 marzo 1980, per il coordinamento delle condizioni di redazione, controllo e diffusione del prospetto da pubblicare per l'ammissione di valori mobiliari alla quotazione ufficiale di una borsa valori.

(7) Dir. Ce 89/298 del Consiglio, del 17 aprile 1989, per il coordinamento delle condizioni di redazione, controllo e diffusione del prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica di valori mobiliari.

(8) In Italia un solo investitore non potrebbe chiedere un sequestro avente ad oggetto svariati milioni di dollari né una raccolta di mandati tra una moltitudine di investitori (necessaria stante l'inesistenza di meccanismi di azioni rappresentative) potrebbe avvenire in tempi rapidi. Ciò

in pratica significa che la tutela degli investitori americani, sia sul versante "amministrativo" che su quello processuale, funziona meglio e più celermente non solo nel territorio nazionale ma anche all'estero. I membri della *class action* statunitense non solo potrebbero imporre un vincolo di indisponibilità sulle somme esistenti nel territorio statunitense (con ciò tagliando fuori gli investitori italiani che abbiano acquistato altri titoli dell'emittente in stato d'insolvenza relativi alle emissioni svoltesi in Italia), ma potrebbero essere anche in grado di imporre in anticipo rispetto agli investitori italiani il predetto vincolo sui beni presenti in territorio italiano.

(9) È il caso dei danni punitivi statunitensi e del danno triplo per violazione del diritto antitrust.

(10) Si tratta del *Private Securities Litigation Reform Act* 1995 e del *Securities Litigation Uniform Standards Act* 1998.

(11) Risulta necessario all'uopo ricordare come è stato tratteggiato dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo il rapporto tra posizioni di diritto sostanziale riconosciute dalla normativa comunitaria e strumenti processuali predisposti dagli ordinamenti degli Stati membri.

È in via di progressivo superamento il tradizionale orientamento espresso nel caso *Rewe* (Causa 33/76, *Rewe-Zentralfinanz e G e Rewe-Zentral AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, *European Court Reports*, 1976, 1989 e causa 158/80, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH e Rewe-Markt Steffen v. Hauptzollamt Kiel*, *European Court Reports*, 1981, 1805; cfr. anche Causa 45/76, *Comet BV v. Produktschap voor Siergewassen*, *European Court Reports*, 1976, 2043). La Corte aveva ritenuto l'impossibilità di fondare nelle previsioni normative del Trattato obblighi in capo agli Stati membri di istituire nuovi rimedi di natura processuale per assicurare l'osservanza del diritto comunitario al di là di quelli già esistenti nel diritto nazionale.

A seguito di numerose pronunce rese in materia di diritti umani (cfr. ad esempio causa 14/83, *von Colson e Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, *European Court Reports*, 1984, 1891; causa C-271/91, *Marshall v. Southampton e South West Hampshire Area Health Authority II*, *European Court Reports*, 1993, I-4367) e di responsabilità degli Stati per inadempimento (cause riunite C-6 e 9/90, *Andrea Francovich e altri v. Italia*, *European Court Report*, 1991, I, 5357; cause riunite C-46/93 e 48/93 *Brasserie du Pêcheur SA v. Germania e Regina v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd.* E altri (III), in *European Court Reports*, 1996, I, 1029; causa C-5/94, *Regina c. Ministry of Agriculture, Fisheries e Food ex parte Hedley Lomas (Ireland) Ltd.*, in *European Court Reports*, 1996, I, 2553; causa C-66/95, *Regina c. Secretary of State for Social Security, ex parte Eunice Sutton*, in *European Court reports*, 1997, I, 2163), la Corte di Giustizia attualmente ritiene che, ferma restando la competenza esclusiva di ciascuno Stato nel designare i giudici competenti e le modalità procedurali sui ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, gli Stati sono obbligati a rispettare i principi di *equality* o *non-discrimination* (eguaglianza o non discriminazione) e di *adequacy* o *effectiveness* (adeguatezza o effettività). In virtù del primo gli Stati membri devono assicurare che gli strumenti di tutela processuale per le situazioni soggettive riconosciute dal diritto comunitario non siano meno favorevoli di quelli che siano esperibili per la protezione di situazioni soggettive riconosciute dall'ordinamento nazionale (il che presuppone l'effettiva esistenza di una tutela nazionale); in base al secondo gli Stati membri

sono obbligati a garantire che non sia impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario (anche in assenza di tutela nazionale). La Corte di Giustizia ha avuto modo di manifestare il nuovo orientamento anche in materia di diritto della concorrenza: nel caso *Eco Swiss* (causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV*, in *European Court Reports*, 1999, I, 3055) la Corte di Lussemburgo ha stabilito, facendo leva esclusivamente sul principio di adeguatezza, l'obbligo per i giudici nazionali di consentire l'impugnativa di un arbitrato pronunciato in violazione dell'articolo 81 del Trattato, pur se la normativa processuale nazionale non prevedeva alcun rimedio d'appello nel caso concreto (non si sarebbe potuto applicare il principio di eguaglianza perché l'ordinamento interno non prevedeva alcuna protezione). Allo stesso modo nel caso *Courage* (causa C-453/99, *Courage Ltd. c. Bernard Crehan*, in *European Court reports*, 2001, I, 6297) la Corte ha affermato, applicando esclusivamente il principio di adeguatezza/effettività (in quanto l'inapplicabilità del principio di equivalenza scaturiva dalla circostanza che la situazione non avrebbe ricevuto alcuna protezione dalle norme dell'ordinamento nazionale), l'esistenza di un diritto di natura comunitaria al risarcimento del danno da illecito *antitrust*, fondato direttamente sulle norme del Trattato - articolo 81, paragrafo 1 - pur in assenza di espresse previsioni al riguardo (*La piena efficacia dell'Articolo 85 del Trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se non fosse possibile a chiunque di chiedere il risarcimento dei danni a lui prodotti da un contratto o da un comportamento responsabili di aver prodotto restrizioni o distorsioni alla concorrenza* (punto 26); *difatti, l'esistenza di un siffatto diritto rafforza l'operatività della normativa comunitaria antitrust e scoraggia gli accordi e le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità* (punto 27)).

Si apre, in tal modo, lo scenario dell'*enforcement privato* del diritto *antitrust*, pur in assenza di esplicite previsioni del Trattato (in senso ampio, per la protezione mediante strumenti di natura risarcitoria avverso violazioni di situazioni soggettive di natura comunitaria si era pronunciato, già prima del caso *Courage*, l'Avv. Generale Van Gerven nella sua ben strutturata opinione resa nel caso *Banks* - causa C-128/92, *H.J.Banks & Co. Ltd. C. British Coal Corporation*, in *European Court reports*, 1994, I, 1209- in cui aveva considerato che il principio della sentenza *Francovich* avrebbe potuto trovare applicazione anche nel caso di "violazione di un diritto di cui risultata titolare un individuo in virtù di un'obbligazione imposta in capo ad un altro soggetto dal diritto comunitario... la piena efficacia del diritto comunitario potrebbe essere pregiudicata se al primo soggetto non fosse riconosciuta la possibilità di ottenere adeguata riparazione dalla parte che sia stata ritenuta responsabile della violazione del diritto comunitario, a maggior ragione ove sia stata violata una previsione normativa comunitaria avente effetto diretto").

Oggi, peraltro, il 7° Considerando del Regolamento 1/2003, nel quadro dell'applicazione decentrata del diritto comunitario *antitrust* da parte dei giudici nazionali nelle controversie tra privati, prevede espressamente la necessità di concedere risarcimenti danni a favore delle parti danneggiate dalle infrazioni *antitrust*. Pur se il diritto al risarcimento del danno è stato enucleato nel caso *Courage* con riferimento

ai rapporti tra imprese (stante il vincolo del giudicante alla fattispecie concreta), la normativa comunitaria sopravvenuta giustifica una legittima estensione della protezione anche ai consumatori direttamente danneggiati da violazioni *antitrust*. Pertanto, sembrano maturi i tempi per sollevare una questione interpretativa pregiudiziale, relativa agli artt. 81 e 82 del Trattato, al fine di sollecitare una pronuncia della Corte di Giustizia che chiarisca se la normativa *antitrust* comunitaria riconosce in capo al consumatore/utente situazioni soggettive di natura comunitaria, che lo legittimino a chiedere ed ottenere protezione risarcitoria nelle corti nazionali, in conformità al principio di adeguatezza. Ove si giunga ad una soluzione positiva sul punto, maturerebbero, altresì, i presupposti per l'affermazione della forza presuntiva, nelle *follow-on actions* risarcitorie innanzi alle corti nazionali, dell'accertamento dell'illegittimità della condotta delle imprese contenuto nelle decisioni della Commissione (in linea con le pronunce della Corte di Giustizia nella causa C-344/98, *Masterfoods Ltd. C. HB Ice Cream Ltd.*, in *European Court Reports*, 2000, I, 11369 e nella causa C-234/89, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu AG*, in *European Court Reports*, 1991, I, 935), come potrebbe sembrare dal combinato disposto degli artt. 11 e 16 del Regolamento 1/2003 con il considerando 35. Per ulteriori spunti cfr. Jones, *Private Enforcement of Antitrust Laws in the EU, UK e USA*, Oxford, 1999.

(12) Consolo, *Class actions fuori dagli USA? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 609; Dondi, *Funzione "remedial" delle "injunctive class actions"*, in *Riv. trim.*, 1988, p. 245; Giussani, *Le mass tort class actions negli Stati Uniti*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 1988, 331; Id., *Un libro sulla storia della "class action"*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 1989, p. 171; Id., *La prova statistica nelle "class actions"*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 1029; Id., *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996; Patti, *L'esperienza delle "class actions" in due libri recenti*, in *Riv. trim.*, 1979, p. 1559; Ponzanelli, *"Class action", tutela dei fumatori e circolazione dei modelli giuridici*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 305; Rescigno, *Sulla compatibilità tra il modello processuale delle class actions ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, c. 2224; Fava, *Class actions all'italiana: "Paese che vai, usanza che trovi" (l'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge n. 3838 e n. 3839)* in *Corr. giur.*, 3/2004; Fava, *La praticabilità delle class actions in Italia per illegittimo collocamento: la responsabilità civile degli emittenti, degli intermediari e delle società di revisione*, dattiloscritto dell'intervento del 27 giugno 2003 tenuto presso la *European School of Economics* nell'ambito del master in diritto della responsabilità civile; Scuffi, *Azione collettiva in difesa dei consumatori: legittimazione e tecniche processuali*, in *Giud. pace*, 1998, p. 317; Taruffo, *I limiti soggettivi del giudicato e le "class actions"*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 609; Id., *"Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni (I)*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 651; Id., *"Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni (II)*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 272.

(13) Il valore dell'efficienza, la cui rilevanza è già stata affermata dalla Corte Costituzionale (si considerino le pronunce in tema di patteggiamento, sebbene si ponga in contrasto con il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale), potrebbe essere rivalutato, acquisendo copertura costituzionale, da interpretazioni evolutive dell'art. 111 della Costituzione (un processo inefficiente non sarebbe un giusto processo).

(14) La legittimazione delle associazioni, pur se "garantita *ex lege*", si troverebbe comunque esposta alle difficoltà di provare, tra l'altro, in situazioni che non sarebbero poi così teoriche (Fava, *L'estensione della necessaria facoltatività delle perizie contrattuali alle polizze infortuni cumulative: i lavoratori assicurati sono consumatori ex art. 1469 bis c.c.*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 657), da un lato, la presenza di un soggetto qualificabile come consumatore o utente, la presenza di situazioni soggettive tipicamente riferibili alla categoria nonché il "rapporto di derivazione" della pretesa da un contratto di massa. Pur colmando la lacuna dei mezzi di tutela disponibili ai consumatori (attualmente le associazioni di consumatori possono ricorrere solo a strumenti preventivi di tipo inibitorio), che vanno dalle azioni risarcitorie a quelle meramente restitutorie o indennitarie (salvo verificare la copertura della responsabilità precontrattuale), si perderebbe l'occasione di creare strumenti liberamente fruibili da parte della generalità dei soggetti, lasciando il vuoto di tutela per quelle *small claims* non aventi la propria scaturigine in contratti di massa. Si consideri che l'articolo 13 della dir. Ce 2002/65 e l'articolo 52 della posizione comune sulla proposta di Direttiva in materia di servizi d'investimento (che abroga la dir. Ce 93/22) non sembrano prevedere meccanismi di *class actions*, perché essi attribuiscono a soggetti ontologicamente non membri della classe la legittimazione a proteggere gli interessi dei consumatori. Per consentire l'applicazione delle disposizioni nazionali di recepimento, si obbligano gli Stati membri a riconoscere la menzionata legittimazione ad organismi pubblici o loro rappresentati, organizzazioni di consumatori o organizzazioni professionali aventi un legittimo interesse a proteggere i consumatori o i loro membri. Analogamente, la recente proposta di regolamento della Commissione europea del 18 luglio 2003 Comm. (2003) 443 sulla cooperazione fra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori recante "*regolamento in materia di cooperazione per la tutela dei consumatori*", non va nella direzione di predisporre meccanismi di tutela effettiva degli "interessi individuali" dei consumatori. Peraltro, la tutela dei soli "interessi collettivi" dei consumatori (qualificati come "*interessi generali, con esclusione del cumulo degli interessi individuali*") sarebbe comunque strumentale allo sviluppo del mercato interno e chiaramente subordinato ad una logica economica non personalistica (circostanza evidente ove si consideri che la tutela degli interessi collettivi dei consumatori possa essere rimessa anche alle imprese e alle associazioni di operatori professionali). Perplesità fa sorgere, altresì, la vaghezza ed oscurità del concetto di "*violazione infracomunitaria*" che potrebbe comportare ostacoli all'efficiente funzionamento delle rete.

(15) Cfr. nota 85.

(16) Il sistema statunitense prevede un *public enforcement* (attuazione pubblica) del diritto antitrust, che è anche *dual* (doppio) in quanto esercitato in via concorrente dalla *Federal Trade Commission* e dall'*Antitrust Division* del *Department of Justice*, accanto ad un *private enforcement* (attuazione privata). Sul versante dell'attuazione pubblica, le due agenzie governative agiscono come un pubblico ministero istruendo il caso e all'esito delle indagini possono decidere di archivarlo, proporre l'azione civile federale innanzi alle corti federali (per l'azione penale è competente esclusivamente l'*Antitrust Division*) oppure di giungere ad un *settlement* (transazione) mediante *consent decree*: in quest'ultima ipotesi il *consent decree* deve essere sottoposto al vaglio di tutti i soggetti interessati, inclusi i consumatori ed i concorrenti, che sono legittimati

a presentare le proprie osservazioni in relazione all'effettivo perseguimento dell'interesse pubblico da parte del *settlement* (in particolar modo in merito alla promozione della concorrenza).

Sul versante del *private enforcement* (attuazione privata), le *Sections* 4 e 16 del *Clayton Act* consentono, ad ogni persona che abbia sofferto pregiudizio in ragione di un comportamento tenuto in violazione della normativa antitrust, di ottenere rispettivamente il risarcimento dei danni punitivi (*treble damages*) e provvedimenti inibitori (*injunctive relief*). In realtà, gli orientamenti della giurisprudenza delle corti federali statunitensi pur se restrittivi rispetto all'ampia dizione legislativa ("chiunque"), non hanno impedito di affermare la legittimazione ad agire (*standing to sue*) dei consumatori, anche in casi di azione collettiva (cfr. *Goldwasser v. Ameritech Corp.*, 222 F.3d 390, 398 (7th Cir., 2000); *In Re Warfarin Sodium Antitrust Litigation*, 214 F.3d 395, 399-400 (3^d Cir., 2000)). La *Section* 5a dello *Sharman Act*, introdotta dalla *Section* 5 del *Clayton Act*, stabilisce, a certe condizioni, un collegamento tra *public* e *private enforcement*: una sentenza o un decreto resi all'esito di un giudizio amministrativo o penale intentato dal Governo degli Stati Uniti, che accertino violazioni antitrust, costituisce *prima facie* prova di responsabilità nell'ambito di ogni successivo giudizio risarcitorio intentato da un privato contro il responsabile della violazione, c.d. *follow on actions*.

(17) Cfr. *Ehredt Underground, Inc. v. Commonwealth Edison Co.*, 90 F.3d 238, (7th Cir., 1996) ("Over and over, we stress that antitrust is designed to protect consumers from producers..."), ripetutamente continuiamo a mettere in evidenza che la normativa antitrust è finalizzata a proteggere i consumatori...); *Associated General Contractors of California, Inc. v. California State Council Carpenters*, 459 U.S. 519 (Supreme Court, 1983), in cui viene negata la legittimazione di un sindacato in quanto "the plaintiff union was neither a consumer nor a competitor in the market in which trade was restrained" (il sindacato attore non era né un consumatore né un concorrente nel mercato in cui il commercio era stato ristretto); *American Ad Management, Inc. v. General Telephone Co. of California*, 190 F.3d 1051, 1057 (9th Cir. 1999), in cui si ammette la legittimazione attiva di soggetti diversi dai consumatori e concorrenti, definiti come coloro che solitamente soffrono pregiudizio delle violazioni antitrust ("while consumers and competitors are most likely to suffer antitrust injury, there are situations in which other market participants can suffer antitrust injury").

(18) La normativa federale (*Section* 4C del *Clayton Act*) prevede, accanto agli strumenti di carattere generale (*damages* e *injunctions*), uno specifico strumento di tutela azionabile dai Procuratori degli Stati federali, che possono esperire *class actions* risarcitorie finalizzate ad ottenere i *treble damages* (in qualità di *parens patriae*), per conto dei consumatori acquirenti diretti dei beni o dei servizi oggetto della pratica anticoncorrenziale. I consumatori inclusi nella classe sono vincolati al giudicato a meno che non abbiano esercitato la facoltà di uscita (*opt-out right*). La menzionata *Section* 4C si pone come complementare alla pronuncia della Suprema Corte che aveva riconosciuto il potere dei Procuratori Statali di esercitare *injunctive parens patriae actions* (*Georgia v. Pennsylvania R.R. Co.*, 324 U.S. 439 (1945), accolta favorevolmente dalle corti federali: cfr. *Goodyear Tire & Rubber Co.*, 554 F.2d 633 (4th Cir. 1977); *In re Petroleum Products Antitrust Litigation*, 497 F. Supp. 218 (C.D. Cal. 1980)); per di più essa ha superato la pronuncia della Suprema Corte che aveva negato la possibilità di

richiedere i *treble damages* nelle *parens patriae actions* (Hawaii v. Standard Oil Co. of California, 405 U.S. 251 (1972)).

(19) Nel caso *Blue Shield of Virginia v. McCready* (457 U.S. 465, 102 S. Ct. 2540, 73 L. Ed. 2d 149 (1982)), la Corte Suprema degli Stati Uniti ha affermato lo *standing to sue* dei consumatori (negato dalla corte federale d'appello e dal giudice di prime cure), sostenendo che l'attore nel giudizio risarcitorio antitrust non debba necessariamente essere un concorrente ma possa anche essere un consumatore, purché assolvere l'onere di provare 1) che la natura di pregiudizio sofferto rientri nella tipologia che la normativa antitrust vuol prevenire; 2) l'immediatezza del danno 3) che il pregiudizio non abbia natura speculativa 4) che non sussistano rischi di doppio risarcimento 5) che non vi siano difficoltà nella ripartizione del danno tra più soggetti lesi; ove l'azione sia meramente tesa ad ottenere un *injunctive relief*, non è richiesta la prova delle circostanze *sub* 3, 4 e 5, non applicandosi le restrizioni relative alla *indirect purchaser doctrine* per l'assenza di rischi di doppio risarcimento. Alla differenziazione dello *standing to sue* basata sulla tipologia di azione proposta (*damages or injunctive*) si sono successivamente conformate le pronunce delle corti federali (*Parks v. Watson*, 716 F.2d 646 (9th Cir., 1983); *Bubar v. Ampco Foods, Inc.* 752 F.2d 445 (9th Cir.), 472 U.S. 1018 (1985); *Todorov v. DCH Healthcare Auth.*, 921 F.2d, 1438 (11 Cir. 1991); *In re Warfarin Sodium Antitrust Litigation*, 214 F.3d 395, 399-400 (3d Cir., 2000).

(20) Nel tratteggiare i confini della legittimazione ad agire (per tutti, non solo per i consumatori), la Corte Suprema (*Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481, 1968; *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 97 S. Ct. 2061, 52 L. Ed. 2d 707, 1977) ha stabilito che essa non spetti ai c.d. *indirect purchasers* (acquirenti indiretti), ai quali il danno è stato trasferito nella catena distributiva di un bene: la c.d. "*pass-on*" *defense*, che vale nei confronti degli acquirenti indiretti, non può essere eccepita dal *defendant* (convenuto) a quelli diretti. Nel pensiero della Corte Suprema, la *indirect purchaser doctrine* (che esclude la legittimazione per i danneggiati indiretti) viene giustificata dalla preoccupazione di evitare rischi di doppio pagamento del risarcimento e dalla necessità di eliminare le difficoltà e i costi istruttori legati alle indagini relative alla misura del danno che si è prodotto e fermato all'intermediario, anello della catena di produzione/distribuzione, e quella che, viceversa, è transitata all'acquirente finale. Tuttavia, per evitare pericolose elusioni della *indirect purchaser doctrine*, la legittimazione risarcitoria dell'acquirente indiretto è affermata quando l'acquirente diretto è posseduto o controllato dal produttore (come nel caso degli agenti o di una concessionaria di vendita in proprietà del produttore). Sembrerebbe un meccanismo di traslazione figurativamente simile a quello che si verifica in materia di IVA (pur se manca la "limpidezza" tipica dell'imposta nostrana). Queste preoccupazioni vengono meno nel caso in cui il bene sia assoggettato ad un solo trasferimento e il danno, pertanto, si verifichi direttamente nella sfera del consumatore finale (a maggior ragione nelle ipotesi di prestazione diretta di un servizio). Nel caso dei "rimborsi R.C.A." i consumatori, destinatari di un servizio privo di un'intermediazione rilevante ai sensi della *indirect purchaser doctrine*, hanno sofferto direttamente il pregiudizio, essendo risultato assente ogni fenomeno di traslazione del danno, che avrebbe potuto giustificare un rischio di *double recovery* (in senso conforme Bastianon, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, in *Danno e resp.*, 4/2003, p. 390).

(21) *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 97 S. Ct. 2061, 52 L. Ed. 2d 707, 1977.

(22) Le restrizioni poste dalla *indirect purchaser doctrine* non hanno carattere generale, ma valgono solo nei giudizi relativi alle azioni federali: la Corte Suprema ha riconosciuto la legittimità costituzionale del potere dei singoli Stati di introdurre, nelle loro normative nazionali antitrust, ampliamenti allo *standing to sue*, al fine di consentire espressamente l'azione risarcitoria anche al compratore indiretto (*California v. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989)). Molti Stati hanno, pertanto, introdotto espressamente la legittimazione ad agire in via risarcitoria anche per gli acquirenti indiretti (come nel caso del *California Cartwright Act*: cfr. *Knevelbaard Dairies v. Kraft Foods, Inc.*, 232 F.3d 979, 900-91 (9th Cir. 2000); *Cellular Plus, Inc. v. Superior Court*, 14 Cal. App. 4th 1224, 18 Cal. Rptr. 2d 308 (4th Dist., 1993)).

(23) In una recente *class action* (la c.d. *Vitamin antitrust class action*), proposta contro una serie di case farmaceutiche che avevano concluso un accordo fraudolento per fissare il prezzo delle vitamine, l'enorme risarcimento conseguito a seguito del *settlement* (di ammontare pari a \$ 1.100.000.000!!!) è andato a soddisfare esclusivamente le imprese produttrici dirette acquirenti dalle case farmaceutiche, in applicazione della *indirect purchaser doctrine* ma che, tuttavia, di fatto, avevano scaricato il sovrapprezzo corrisposto sui consumatori finali cui, viceversa, non è stato destinato alcun emolumento pur essendo stati i danneggiati finali. Allo scandalo è seguito un profondo ripensamento sull'opportunità del mantenimento della dottrina dell'acquirente indiretto, con la presentazione dell'*Antitrust Enforcement Improvement Act 2000* (HR 4321) con cui, abbandonando la *indirect purchaser doctrine*, si riconosce anche a quest'ultimo la legittimazione ad agire in via risarcitoria.

(24) Cfr. nota 42.

(25) Pur se il Regolamento 1/2003 è entrato in vigore dopo la pronuncia della Suprema Corte ciò non avrebbe precluso alla medesima di sollevare la questione pregiudiziale, al fine di soddisfare le esigenze di armonizzazione imposte dal Trattato.

(26) La Corte di Giustizia, affermando l'esistenza di un tale diritto, rafforzerebbe il neonato *private enforcement*, portando a compimento il disegno iniziato con la pronuncia resa nel caso *Courage* (causa C-453/99, *Courage Ltd. C. Bernard Crehan*, in *European Court Reports*, 2001, I, p. 6297: la Corte ha affermato l'esistenza di un diritto di natura comunitaria al risarcimento del danno da illecito antitrust. "*La piena efficacia dell'articolo 85 del Trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se non fosse possibile a chiunque di chiedere il risarcimento dei danni a lui prodotti da un contratto o da un comportamento responsabili di aver prodotto restrizioni o distorsioni alla concorrenza* (punto 26); *difatti, l'esistenza di un siffatto diritto rafforza l'operatività della normativa comunitaria antitrust e scoraggia gli accordi e le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità* (punto 27)"), già delineato nell'*opinion* dell'Avv. Generale Van Gervener, resa nel caso *Banks* (causa C-128/92, *H.J.Banks & Co. Ltd. C. British Coal Corporation*, in *European Court reports*, 1994, I, p. 1209, in cui l'Avv. Gen. aveva considerato che il principio della sentenza Francovich avrebbe potuto trovare applicazione anche nel caso di "*violazione di un diritto di cui risultava titolare un individuo in virtù di un'obbligazione imposta in capo ad un altro soggetto dal diritto comunitario... la piena efficacia del diritto comunitario potrebbe essere pregiudicata se al primo soggetto non fosse riconosciuta la possibilità di ottenere adeguata riparazione dalla parte che sia stata ritenuta*

responsabile della violazione del diritto comunitario, a maggior ragione ove sia stata violata una previsione normativa comunitaria avente effetto diretto").

(27) Cfr. nota 16.

(28) Sul punto cfr. Marcin, *Searching for the origin of the class action*, 23 Catholic U.L.R. 1974, p. 515, nonché l'eccellente monografia di Yeazell, *From medieval group litigation to the modern class action*, New Haven, Connecticut, 1987. Per la dottrina italiana che, per prima, ha attentamente ricostruito le fasi storiche dell'evoluzione delle class actions, cfr. Giussani, *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996.

(29) Nei casi più risalenti, la *representative suit* fu utilizzata per convenire in giudizio i soggetti più facoltosi di una medesima comunità contadina, al fine ottenere il pagamento delle tasse sulla produzione per tutti gli appartenenti alla classe - assenti -, nei confronti dei quali il giudicato intervenuto tra i primi estendeva i suoi effetti in relazione all'accertamento della debenza contenuto nella pronuncia (Giussani, op. cit., p. 4).

(30) I filoni di maturazione della giurisprudenza della Chancery Court in materia di *representative suits* sono quelli relativi ai *bills of peace*, alle *joint-stock companies* nonché ai *creditor bills*, *legatee bills* e *vessel's cases* (cfr. Giussani, op. cit., p. 13-20). La storiografia delle *class actions* ritiene che la prima pronuncia in materia di allargamento dei limiti soggettivi del giudicato, anche sfavorevole, ai membri assenti del gruppo in presenza di un'adeguata rappresentanza sia *Brown v. Verdumden*, 22 Eng. Rep. 796 (Ch. 1676).

(31) Nel 1910, la l'Alta Corte di Giustizia inglese (caso *Markt & Co. Ltd. v. Knight Steamship Co. Ltd*, 2KB 1021, 1910) affermava l'improcedibilità delle domande risarcitorie in forma rappresentativa, in quanto ontologicamente carenti del requisito della contitolarità della situazione soggettiva azionata.

(32) 42 U.S. 1vi, 1842. La riforma fu grandemente influenzata dalle *opinions* del giudice federale *Joseph Story*, che prestò servizio presso la Corte Suprema dal 1811 al 1844.

(33) Cfr. *Smith v. Swormstedt*, 57 U.S. 288, 1853 e *Supreme Tribe of Ben Hur v. Cauble*, 255 U.S. 356, 1921.

(34) Le *class actions* si distinguono dalle *public interest class actions*. Nelle prime, chi agisce in rappresentanza della classe deve essere titolare di un interesse ed una pretesa propria che sollevi questioni di fatto o di diritto comuni agli altri membri della classe. Nelle seconde, chiunque può agire a tutela di un interesse pubblico a prescindere dall'esistenza di un proprio interesse personale (della sua azione beneficiano gli altri membri della collettività); qui l'azione solo indirettamente ed eventualmente protegge l'interesse proprio (che può anche mancare). Questa differenza teorica non è sempre chiara e percepibile nella pratica. In molte controversie in materia ambientale, aventi ad oggetto diritti civili o consumeristiche, pur venendo in considerazione una classe o un gruppo, sono presenti questioni talmente rilevanti ed importanti da far percepire le problematiche in contestazione come di interesse pubblico. Non dovrebbero essere confuse con le *class actions* le azioni con cui, ad esempio, associazioni ambientali o di consumatori proteggono i propri interessi, né quelle in cui le stesse associazioni agiscono in virtù di un mandato da parte degli associati, né quelle esperite in virtù di una legittimazione (straordinaria *ex lege*) rappresentativa degli interessi della classe.

(35) Il sistema giudiziario statunitense si caratterizza per l'esistenza di una doppia giurisdizione federale e statale.

Il sistema delle corti federali, al cui vertice si trova la *US Supreme Court*, è organizzato in *district courts* (1° grado) e *circuit courts of appeals*. Le corti di 1° grado sono organizzate per distretti (un Stato può averne anche più d'uno), che possono ricomprendere più contee (*counties*), secondo le previsioni del *United States Code*. Esse hanno giurisdizione originaria: 1) su tutte le *civil actions* derivanti dalla Costituzione, dalle leggi e trattati degli United States; 2) su tutte le *civil actions* con *diversity of citizenship* di valore superiore a \$ 75.000; nonché 3) in specifici settori, tra cui il diritto antitrust. In tutti i casi di giurisdizione originaria le *federal district courts* hanno anche giurisdizione supplementare o accessoria. Le corti di appello, organizzate per circuiti, solitamente comprensivi del territorio di più Stati, sono 11 con giurisdizione generale e 13 con giurisdizione specializzata in materia di *intellectual property* e *administrative law*. Esse hanno: 1) giurisdizione d'appello su tutte le decisioni finali delle *district courts*, salvo che esse siano direttamente impugnabili alla *US Supreme Court*; 2) giurisdizione d'appello su a) *interlocutory orders* delle *district courts* e sugli b) *orders* dichiarati appellabili dalle *district courts*, in quanto aventi ad oggetto questioni che possano ricevere soluzioni differenti; 3) giurisdizione esclusiva a) di appello sulle decisioni finali delle corti specializzate, b) di appello sugli atti delle *agencies*. La Corte Suprema degli Stati Uniti, avente anche competenze di risoluzione di questioni di costituzionalità, ha 1) giurisdizione originaria ("esclusiva" o "non esclusiva"), 2) di appello avverso provvedimenti delle *circuit courts of appeals* che concedano o neghino un'*injunction* fondata su un atto del Congresso; 3) di riesame generalizzato dei *cases* risolti dalla *circuit courts of appeals*, in base alla concessione di *certiorari* o mediante *certification* dello stesso giudice d'appello; 4) di riesame dei provvedimenti finali delle *Supreme Courts* dei vari Stati federali. Accanto al sistema giudiziario federale ciascuno Stato ne ha predisposto uno proprio, che, tuttavia, assomiglia molto a quello federale, nella misura in cui è diviso in *trial courts* di 1° grado, *intermediate appellate courts* e *Supreme court* (esauriti tutti i gradi di giudizio, è previsto che la parte soccombente possa impugnare il provvedimento della Corte Suprema statale alla *US Supreme Court* per una *final review* sulle questioni di diritto federale). Le corti statali esercitano, tra l'altro, giurisdizione sui c.d. "*mixed cases*" che coinvolgono allo stesso tempo questioni di diritto federale e statale. Nel sistema federale statunitense, pur valendo il principio generale che la regola è il potere statale mentre l'eccezione è quello federale, la ripartizione del potere legislativo tra Congresso degli Stati Uniti e Stati federali non è identica al riparto di giurisdizione tra corti federali e statali. Sul versante del potere legislativo, il X Emendamento della Costituzione federale stabilisce che i poteri non delegati dalla Costituzione agli Stati Uniti, né proibiti all'esercizio degli Stati dalla stessa, sono riservati agli Stati federati e al popolo: in caso di competenza federale esclusiva sussiste la c.d. *pre-emption* (prevalenza) delle leggi federali su quelle dei singoli Stati. Per la c.d. *supremacy clause* (*Article VI* della Costituzione) la Costituzione, le leggi e i trattati degli Stati Uniti costituiscono la normativa prevalente (*supreme law of land*) e tutti i giudici, in ogni Stato, sono vincolati a darne applicazione, preferendola alle Costituzioni e alle leggi degli Stati federati. Nel caso di competenza concorrente, vi sarebbe perfetta alternatività nella giurisdizione: tuttavia, ove una questione di diritto federale sia sollevata innanzi ad una corte statale, la decisione di questa può essere

riformata da una corte federale. La fonte della giurisdizione federale è l'Article III (2) della Costituzione degli Stati Uniti, che la prevede solo nei casi in cui sussistano i c.d. *federal standing requirements*, come risultanti dalle implementazioni del *Judiciary Act 1789*, delle leggi del Congresso e delle interpretazioni della *US Supreme Court*.

(36) Cfr. par. 4 (in fine).

(37) La *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure* prevede:

(a) *Prerequisites to a Class Action. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if:*

- *the class is so numerous that joinder of all members is impracticable,*
- *there are questions of law or fact common to the class,*
- *the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and*
- *the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.*

(b) *Class Actions Maintainable.*

An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition:

(1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of

(A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class, or (B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests; or

(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole; or

(3) the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy.

The matters pertinent to the findings include: (A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action.

(c) *Determination by Order Whether Class Action to be Maintained; Notice; Judgment; Actions Conducted Partially as Class Actions.*

(1) As soon as practicable after the commencement of an action brought as a class action, the court shall determine by order whether it is to be so maintained. An order under this subdivision may be conditional, and may be altered or amended before the decision on the merits.

(2) In any class action maintained under subdivision (b)(3), the court shall direct to the members of the class the best notice practicable under the circumstances, including individual

notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice shall advise each member that (A) the court will exclude the member from the class if the member so requests by a specified date; (B) the judgment, whether favorable or not, will include all members who do not request exclusion; and (C) any member who does not request exclusion may, if the member desires, enter an appearance through counsel. (3) The judgment in an action maintained as a class action under the subdivision (b)(1) or (b)(2), whether or not favorable to the class, shall include and describe those whom the court finds to be members of the class. The judgment in an action maintained as a class action under subdivision (b)(3), whether or not favorable to the class, shall include and specify or describe those to whom the notice provided in subdivision (c)(2) was directed, and who have not requested exclusion, and whom the court finds to be members of the class. (4) When appropriate (A) an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues, or (B) a class may be divided into subclasses and each subclass treated as a class, and the provisions of this rule shall then be construed and applied accordingly.

(d) Orders in Conduct of Actions.

In the conduct of actions to which this rule applies, the court may make appropriate orders: (1) determining the course of proceedings or prescribing measures to prevent undue repetition or complication in the presentation of evidence or argument; (2) requiring, for the protection of the members of the class or otherwise for the fair conduct of the action, that notice be given in such manner as the court may direct to some or all of the members of any step in the action, or of the proposed extent of the judgment, or of the opportunity of members to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or otherwise to come into the action; (3) imposing conditions on the representative parties or on intervenors; (4) requiring that the pleadings be amended to eliminate therefrom allegations as to representation of absent persons, and that the action proceed accordingly; (5) dealing with similar procedural matters. The orders may be combined with an order under Rule 16, and may be altered or amended as may be desirable from time to time.

(e) Dismissal or Compromise.

A class action shall not be dismissed or compromised without the approval of the court, and notice of the proposed dismissal or compromise shall be given to all members of the class in such manner as the court directs.

(f) Appeals.

A court of appeals may in its discretion permit an appeal from an order of a district court granting or denying class action certification under this rule if application is made to it within ten days after entry of the order. An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders.

Accanto alla disciplina generale la normativa federale tipizza alcune situazioni di "ex lege class actions", sulle quali si conta di poter intervenire con un ulteriore contributo stanti le recenti innovazioni apportate dalla riforma del diritto societario. Si tratta delle *Derivative Actions by Shareholders* e delle *Actions Relating to Unincorporated Associations*.

Rule 23.1 - Derivative Actions by Shareholders
In a derivative action brought by one or more shareholders or members to enforce a right of a corporation or of an unincorporated association, the corporation or association having failed

to enforce a right which may properly be asserted by it, the complaint shall be verified and shall allege (1) that the plaintiff was a shareholder or member at the time of the transaction of which the plaintiff complains or that the plaintiff's share or membership thereafter devolved on the plaintiff by operation of law, and (2) that the action is not a collusive one to confer jurisdiction on a court of the United States which it would not otherwise have. The complaint shall also allege with particularity the efforts, if any, made by the plaintiff to obtain the action the plaintiff desires from the directors or comparable authority and, if necessary, from the shareholders or members, and the reasons for the plaintiff's failure to obtain the action or for not making the effort. The derivative action may not be maintained if it appears that the plaintiff does not fairly and adequately represent the interests of the shareholders or members similarly situated in enforcing the right of the corporation or association. The action shall not be dismissed or compromised without the approval of the court, and notice of the proposed dismissal or compromise shall be given to shareholders or members in such manner as the court directs.

Rule 23.2 - Actions Relating to Unincorporated Associations
An action brought by or against the members of an unincorporated association as a class by naming certain members as representative parties may be maintained only if it appears that the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the association and its members. In the conduct of the action the court may make appropriate orders corresponding with those described in Rule 23(d), and the procedure for dismissal or compromise of the action shall correspond with that provided in Rule 23(e).

(38) Non si tratta di un fenomeno di rappresentanza in senso tecnico. Il "rappresentante" della classe agisce per conto di tutti i membri assenti. È, inoltre, discusso se questi ultimi acquistino o meno la qualità di parte processuale.

(39) Nel contenzioso relativo alle *class actions* il momento della certificazione riveste importanza cruciale. Paradossalmente, i convenuti (*defendants*) hanno combattuto, almeno prima della certificazione, "*in favore degli assenti*", nel senso che la giurisprudenza, riconoscendo la loro legittimazione a far valere la mancanza dei requisiti previsti dalla *Rule 23* o l'inadeguatezza della rappresentanza del *representative plaintiff* (e del suo avvocato), ha consentito alla controparte della classe di svolgere un ruolo collaborativo di controllo. Nei fatti, la realtà è diversa perché il *defendant*, mentre prima della certificazione ha interesse a negare la presenza di una classe eccependo mancanze procedurali "*nell'interesse degli assenti*" (in realtà nel proprio), subito dopo la certificazione e a ridosso del *settlement* fa valere un contrario ed opposto interesse ad allargare il più possibile i confini della classe, in modo tale che l'eventuale transazione possa produrre più ampi effetti preclusivi.

(40) Secondo un orientamento (Giussani), ferme restando le classificazioni della *Rule 23*, le classi potrebbero essere sostanzialmente e trasversalmente categorizzate (in modo anche cumulativo): vi sarebbero classi *olistiche* (comprendenti soggetti che non potrebbero ricevere tutela delle loro pretese se non attraverso l'azione rappresentativa, c.d. *individually unrecoverable claims*) contrapposte a classi discrete (tutte le altre); classi *fluide* (definite in modo che la loro composizione soggettiva possa mutare nel corso o anche dopo il giudizio, attraverso termini cronologicamente aperti: il periodo di appartenenza alla classe non si chiude con la certificazione ma si estende, sino ad una fase successiva alla conclusione del giudizio. Nelle *damages actions* la peculiare tecnica di distribuzione del risarcimento invalsa

nella prassi giurisprudenziale, c.d. *fluid class recovery*, comporta che, con la parte di risarcimento non tempestivamente reclamata dai singoli *class members* si costituisca un *trust fund*, da utilizzarsi a beneficio della classe fluida sotto il controllo del giudice, che può modificare in ogni tempo le modalità di impiego del patrimonio a favore di coloro le cui pretese siano sorte prima che il *trust* divenisse attivo) contrapposte a classi stabili (tutte le altre); classi *virtuali* (comprendono soggetti non individuabili con certezza *a priori*, non per l'apertura cronologica del periodo di riferimento, ma per la mancanza di elementi di conoscenza rilevanti in ordine ai fatti: nel caso di esposizione a fattori lesivi determinanti un aumento del rischio di contrarre malattie soggette a prolungati periodi di latenza, ove non si posseggano le conoscenze necessarie per determinare quali fra i soggetti esposti contrarranno effettivamente i disturbi in futuro, si potrebbero utilizzare regole di approssimazione statistica per stabilire ragionevolmente i possibili soggetti danneggiati ed equitativamente l'ammontare complessivo dei danni. Sfidando l'eventualità di risarcire il mero rischio o, all'opposto, di compensare meno di quanto effettivamente danneggiato, si ricorre alla tecnica del fondo, cui i danneggiati futuri potranno rivolgere le proprie richieste) contrapposte a classi attuali (tutte le altre). Per approfondimenti cfr. Giussani, *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996, p. 251-283.

(41) In base alla lettera *f*) della *Rule 23*, il giudice d'appello può ammettere l'impugnativa (da depositarsi entro 10 giorni) del provvedimento con cui il giudice di prime cure abbia rifiutato o autorizzato la certificazione. L'appello, viene solitamente ammesso nelle situazioni in cui è necessario provvedere con chiarezza sul carattere *mandatory* o meno della *class actions*, al fine di evitare pronunce di riforma dirimpenti perché impositive di un'*opt-out right*, escluso dai giudici inferiori. Il giudizio di appello non sospende il processo di primo grado, salvo diversa disposizione del giudice *a quo* o di quello *ad quem*.

(42) Tra gli aspetti di maggior pregio, risultanti dagli orientamenti giurisprudenziali statunitensi in materia di *class actions* risarcitorie che, nel concreto, consentono la giustiziabilità in forma aggregata delle *small claims*, spicca il fenomeno della prova statistica del nesso di causalità (cfr. Giussani, *La prova statistica nelle "class actions"*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 1029). Al fine di riequilibrare le posizioni delle parti occasionali con quelle di forza delle parti abituali nonché di temperare l'onere probatorio in presenza di fenomeni di causalità non sussumibili sotto leggi di natura scientifica dotate di certezza assoluta, la giurisprudenza statunitense, ha ammesso che la riferibilità di una molteplicità dei danni-evento ad un comportamento o un'omissione della controparte della classe possa ritenersi provata in presenza di indagini statistiche, unitamente ad altri elementi presuntivi (pur se nel concreto alcuni eventi non sarebbero pienamente riconducibili al convenuto). In questo modo, la responsabilità del *defendant* può essere dimostrata rispetto alla classe (comprensiva solo di quei soggetti i cui danni-evento sono, secondo un accertamento causale statistico, riconducibili al comportamento o l'omissione del convenuto) ma non necessariamente rispetto a ciascun *class member* singolarmente considerato (il fatto generatore di responsabilità viene accertato "collettivamente" e la circostanza che non possa essere data una prova della causalità individuale per ciascun membro non comporta il rigetto della domanda collettiva).

(43) Previsto dal 5° Emendamento nei confronti del governo e delle corti federali e dal 14° Emendamento nei confronti dei governi e le corti statali (*No person shall be deprived of life, liberty, or property, without due process of law*).

(44) Cfr. *Eisen v. Carlisle & Jaqueline*, 417 U.S. 156 (1974) nonché *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985).

Per raggiungere obiettivi di economia ed efficienza processuale in situazioni di proposizione di azioni federali, anche in forma rappresentativa, in diversi distretti nonché per predisporre strumenti disincentivanti al c.d. *forum shopping*, è stato istituito il *Judicial Panel on Multidistrict Litigation* (28 U.S.C.A., § 1407, 90 Stat. 296, 1968). Il Panel, composto da magistrati, ha il potere di ordinare, su istanza di parte o del giudice di merito oppure d'ufficio, la *consolidation* (riunione) di tutte le azioni connesse per l'identità delle questioni di fatto, presso un'unica corte federale. La *consolidation* è limitata alla fase *pre-trial*, attraverso la formazione di un unico collegio di difesa (*steering committee*) e la nomina di un unico delegato a rappresentarlo (*lead counsel*): al termine dell'istruttoria ciascuna azione consolidata (che può anche essere una *class actions*) è assoggettata al rinvio (*remand*) alla corte originariamente adita, pur se il diritto della parte di essere giudicata nella fase propriamente dibattimentale dal suo giudice "naturale" è, di fatto, svilito dall'esercizio da parte del giudice dei propri poteri di stimolo alla transazione che, "minacciando larvatamente" l'applicazione delle sanzioni previste dalla *Rule 68 del Federal Code of Civil Procedure* a carico della parte che rifiuta un'offerta formale di transazione non meno favorevole del provvedimento giurisdizionale successivamente ottenuto, riesce ad ottenere dalle parti una rinuncia al *remand*.

(45) Nella prassi, comunque, la domanda inibitoria è considerata solitamente prevalente, salvo quando si tratti di azione artificiosa, proposta al solo fine di risparmiare l'aggravio delle spese di *notice* e impedire l'esercizio dell'*opt-out*. Tuttavia, se la domanda risarcitoria è di entità rilevante, si autorizzano due diverse *class actions* e si garantisce la possibilità di uscita con riferimento alla sola domanda risarcitoria (escludendo, quindi, che l'*opt-out* possa estendersi alla domanda inibitoria).

(46) (d) *Orders in Conduct of Actions.*
In the conduct of actions to which this rule applies, the court may make appropriate orders: (1) determining the course of proceedings or prescribing measures to prevent undue repetition or complication in the presentation of evidence or argument; (2) requiring, for the protection of the members of the class or otherwise for the fair conduct of the action, that notice be given in such manner as the court may direct to some or all of the members of any step in the action, or of the proposed extent of the judgment, or of the opportunity of members to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or otherwise to come into the action; (3) imposing conditions on the representative parties or on intervenors; (4) requiring that the pleadings be amended to eliminate therefrom allegations as to representation of absent persons, and that the action proceed accordingly; (5) dealing with similar procedural matters. The orders may be combined with an order under Rule 16, and may be altered or amended as may be desirable from time to time.

(47) Che affonda le sue radici nel caso *Arcambel v. Wiseman*, 3 U.S. 306 (1796).

(48) H.R. 1115 e S. 274 del 12 giugno 2003.

(49) Soglie che sono state (e continueranno presumibilmente ad esserlo) oggetto di continui aggiustamenti nel corso dell'*iter* legislativo.

(50) *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, Book IX (introdotto sin dal 1978).

(51) *Class Proceedings Act*, S.O. 1992, c. 6. Un documento essenziale per lo studio delle *class actions* in Canada è il *Report on Class Actions* (1982) contenente le raccomandazioni della *Ontario Law Reform Commission* per l'implementazione dei *class proceedings*.

(52) *Class Proceedings Act* 1995, R.S.B.C. 1995, c. 21.

(53) *Class Action Act*, R.S.S. 2001, C-12.01.

(54) *Class Action Act*, S.N.L. 2001, c.-18.1.

(55) *Alberta Law Reform Institute, Report on Class Action*, no. 85 (dicembre 2000).

(56) *Manitoba Law Reform Commission, Report on Class Proceedings*, no. 100 (gennaio 1999).

(57) Approvato dalla *Uniform Law Conference of Canada* nel 1996.

(58) La giurisprudenza delle corti canadesi è stata fino ad ora ferma nel ritenere che la *certification* non possa avere un ambito territoriale più esteso di quello nazionale (pur se potrebbe ammettersi che i *non-residents* possano eventualmente chiedere un'*opt-int*, come consente la Sec. 16 del *British Columbia Class Proceeding Act*): cfr. la pronuncia della *Supreme Court of Canada* nel caso *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 S.C.C. 46, [2001] 2 s.c.r. 534.

(59) Nonostante non vengano richieste, a differenza della *US Rule 23*, la certezza in relazione al numero e all'identità degli appartenenti alla classe, la predominanza delle questioni comuni su quelle individuali, la tipicità della pretesa (*typical class action claim*), la fase certificatoria si è comunque rivelata il vero campo di battaglia. I convenuti hanno combattuto strenuamente per evitarla e, talvolta, hanno avuto successo. I giudici, tuttavia, hanno, in taluni casi, negato la concessione delle certificazioni facendo riferimento, in modo poco trasparente, a ragioni non previste dal testo normativo (ad esempio, etichettando semplicisticamente come "cattive" alcune azioni di classe - c.d. "*bad class actions*" -, pur nell'assenza di ogni concetto normativo e di qualsivoglia motivazione). Tale orientamento, duramente criticato in dottrina, è stato affermato in non pochi precedenti giurisprudenziali (*Abdool v. Aneheim Management Ltd.* [1995] 21 O.R. (ed) 453 (Div. Ct.)(Can) - nel caso di un'azione collettiva proposta dai membri di un condominio -; *Tub v. Manufacturers Life Ins. Co.* [1998] 40 O.R. (3d) 379 (Ont. Gen. Div.)(Can.) - caso di muffa tossica in un bagno di un complesso di appartamenti: certificazione rifiutata perché l'attore, danneggiato, avrebbe dovuto dimostrare il pregiudizio di almeno un'altra persona -; *Hollick v. Toronto* [1999] 46 O.R. (3d) 257 (C.A.)(Can.)).

(60) Per la prima pronuncia occupatasi dell'ambito della *res iudicata* delle pronunce emesse all'esito di *class proceedings* cfr. *Allan v. CICBTrust Corp.* [1998] 39 O.R. (3d) 675 (Gen. Div.)(Can.). In considerazione della previsione espressa della *Section 27(3)* dell'*Ontario Class Proceedings Act* (cfr. anche le equivalenti disposizioni del *British Columbia Class Proceedings Act* e del *Quebec Code of Civil Procedure*) il giudice ha affermato che il giudicato, che normalmente copre il dedotto e deducibile (*the claim preclusion applies not only to matters that were actually litigated but also to matters which could and should have been litigated*), opera in modo più ristretto per i *class proceedings*: in tale ambito il giudicato scenderebbe solo sulle questioni comuni identificate nel *certification order* e non su quegli aspetti, pur se

relativi alla questioni comuni, che non sono ivi indicati. Per essi, non sussisterebbe alcuna preclusione in successive azioni individuali.

(61) Nella prassi, spesso, la regola della soccombenza è più apparente che reale, perché, da un lato, il giudice gode di ampia discrezionalità in materia e, dall'altro, ove si transiga la lite, il *settlement* risolve a monte il problema, contenendo solitamente statuizioni sulle spese processuali e gli onorari.

(62) Al punto che si è pensato di sopprimerlo e accantonare la regola del *fee shifting* per i *class proceedings*, come avvenuto in British Columbia. Fino all'aprile 2001, solo 6 su 22 richieste avevano ricevuto il sostegno del fondo (la freddezza dei *representative plaintiffs* è evidentemente percepibile ove si confronti la situazione con quella registrata in Quebec nel 1999: il 79% delle 955 istanze di concessione di finanziamento presentate al fondo aveva ricevuto accoglimento, per una quota del 66% delle *class actions* proposte in Quebec).

(63) Pur se la legislazione dell'Ontario prevede espressamente solo il *multiplier approach* nella determinazione degli onorari dell'avvocato della *representative party*, in *Nantais v. Telectronics Proprietary (Canada) Ltd.* [1996] 134 D.L.R. (4th) 47 (Ont. Gen. Div.)(Can.) la Corte ha ritenuto che le *Sections* 32 e 33 dell'*Ontario Class Proceedings Act 1992* non precludessero pattuizioni di *contingency fee*. La pattuibilità della *quota litis* è stata, viceversa, espressamente prevista dalla *Section* 38 del *British Columbia Class Proceedings Act 1995*, che, peraltro, non fa alcun riferimento al *multiplier test* (cfr. *Gagne v. Silcorp Ltd.* [1998] 41 O.R. (3d) 416 (C.A.)(Can.) nonché *Endean v. Canadian Red Cross*, [2000] B.C.J. no. 1254 (B.C.S.C.)) e dall'*Article* 1035 del *Quebec Code of Civil Procedure*. Nella prassi canadese, tuttavia, i giudici non hanno, fino ad ora, approvato, specie nelle controversie risarcitorie antitrust (che hanno dato luogo negli Stati Uniti alle *fees* più alte mai pagate al mondo), onorari percentuali superiori al 4%(si pensi al confronto con la media americana del *range* 20-40%).

(64) *Parsons v. Canadian Red Cross Soc'y*, [2001] 46 C.P.C. (4th) 236 (Ont. Superior Ct.).

(65) Si ricordi che l'Australia è una federazione composta da sei Stati e due *self-governing territories*, il cui ordinamento giuridico affonda le sue radici nella *common law* inglese (le decisioni della *House of Lords* e delle corti inglesi hanno forza persuasiva per i giudici australiani, che, tuttavia, di recente, si sono rivolte anche alla giurisprudenza delle corti statunitensi e canadesi). Sono presenti, come nel sistema statunitense, sia corti federali che statali; al vertice del sistema giudiziario siede l'*High Court of Australia*, che dirime anche le controversie costituzionali (come la Corte Suprema degli Stati Uniti).

(66) Le *Federal Court Rules* del 1979, Or. 6.13 (1) prevedevano la possibilità di ricorrere allo strumento dell'azione rappresentativa solo in presenza di più persone aventi il medesimo interesse (*same interest*).

(67) La giurisprudenza australiana (seguendo gli insegnamenti delle corti inglesi in materia di *representative suit*, cfr. nota 4), già in casi risalenti (*Markt & Co. Ltd. v. Knight Steamship Co. Ltd.*, 2K.B. 1021 (Eng. C.A. 1910)), aveva negato la procedibilità attraverso azione rappresentativa delle pretese di natura risarcitoria sostenendo che, in dette circostanze, i diritti di ciascun danneggiato avrebbero richiesto accertamenti individuali. Solo di recente, temperando le tradizionali posizioni estreme, si è ammessa la procedibilità di azioni risarcitorie in forma rappresentative ove sia processualmente più semplice e conveniente

determinare una liquidazione globale per la classe che accertare i diritti di ciascun danneggiato (*EMI Records Ltd. v. Riley*, 2 Eng. Rep. 838 (Eng. C.A., 1981)).

(68) Il *Federal Court of Australia Amendment Act* 1991, no. 181, Sec. 3 (Cth.) ha inserito nel corpo del *Federal Court of Australia Act* del 1976 (Cth.) la Part IV A in materia di *representative proceedings*.

(69) Le *Supreme Court Rules* 1999, ch. 1, am. 11 (Vict.) hanno inserito all'interno del corpo delle *Victorian Supreme Court (General Civil Procedure) Rules* del 1996 l'Or. 18 A in materia di *group proceedings*. In realtà, nello Stato di Vittoria, già nel 1986 era stata varata una riforma che aveva consentito l'utilizzabilità delle *class actions* attraverso un sistema di *opt-in* che, tuttavia, non era decollato per la vaghezza del disposto normativo che prevedeva un eccessivo ricorso a poteri discrezionali del giudice. Persino l'*Australian Law Reform Commission* (ALRC), nel suo *Report* no. 46 (5, 40-45), *Grouped Proceedings in the Federal Court*, criticò il nuovo strumento processuale mentre la *Victorian Court of Appeal* fu ancora più dura sostenendo che la nuova procedura "solleva un numero rilevante di quasi insolubili problemi di costruzione dello strumento, trasformando coloro a cui favore è stato introdotto in sue vittime" (*Zentahope Pty. Ltd. v. Bellotti*, BC 9203164 (1992)(Vict.), punto 12 (Brooking, J.)).

(70) Nel 1992 sono state varati altri due importanti atti normativi che hanno introdotto nell'interno del *Trade Practice Act* le *Sections* 75AQ e 87(1B), che, rispettivamente attribuiscono all'*Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC) un'autonoma legittimazione ad esperire azioni rappresentative per conto di soggetti danneggiati da pratiche poste in essere in violazione delle *Parts* VA, IV e V del *Trade Practice Act*.

(71) La prima, nel caso *Femcare Ltd. v. Bright* (2000) 172 A.L.R. 713 (Austl.), la seconda in *Pty. Ltd. v. Mobil Oil Austl. Ltd.* (2000) V.S.C.A. 103 (Vict.)

(72) Unitamente all'assenza di un provvedimento di certificazione non sono richiesti dalla normativa australiana: 1) la necessaria pluralità delle questioni di fatto e diritto comuni (potendo bastare anche una sola questione); 2) la circostanza che la pretesa fatta valere sia tipica della classe (*typicality*); 3) la predominanza delle questioni comuni su quelle individuali (*predominance*).

È, altresì, espressamente consentito, a differenza della normativa e della prassi giudiziale statunitense, che il giudice possa trattare e risolvere, in sede di *class action*, anche le questioni di natura individuale: ciò al fine di non precludere la procedibilità della *class action* nel caso in cui le circostanze fattuali a fondamento della pretesa collettiva possano essere meglio risolte a livello individuale (in molte controversie risarcitorie contro produttori farmaceutici o di apparecchiature mediche composte da una massa di pretese individuali con questioni comuni, la giurisprudenza americana ha, per quanto motivo, negato la procedibilità in forma di *class action*).

(73) *King v. GIO Australia Holding Ltd.* (2000) F.C.A. 1869, 20-22 (Austl.)

(74) Si tratta dei c.d. *orders for security for costs* con cui il giudice richiede alla *representative party* di depositare in cancelleria somme di denaro o, alternativamente, di prestare forme di garanzie che equivalgano alle possibili spese processuali da pagarsi in caso di soccombenza. La conseguenza, in caso di mancata prestazione di garanzie o di omesso deposito, non è l'improponibilità dell'azione (che prosegue in forma individuale) ma il più limitato effetto di

improceibilità come *class action*. Si tratta di un orientamento che non si pone in contrasto con quanto affermato dalla Corte Costituzionale in materia di *cautio pro expensis* nel 1960 (in quanto la conseguenza del mancato pagamento non è l'improponibilità in assoluto della domanda ma, più limitatamente, l'improcedibilità in forma rappresentativa: l'azione resta proponibile in forma individuale). La giurisprudenza federale, mentre in un primo tempo non ha concesso *orders for security for costs* (Ryan v. *Great Lakes Council* (1998) 154 A.L.R. 584 (Austl.) (Wilcox, J.)), ha, di recente, mutato indirizzo, accogliendo le richieste dei convenuti in presenza di motivate ragioni (*Tobacco Control Coalition inc. v. Philip Morris (Austl.) Ltd.* (2000) F.C.A. 1404 (Austl.)).

(75) In *Cook v. Pasmenco Ltd.* Il (2000) F.C.A. 1819 (Austl.) la corte federale ha stabilito che un convenuto vittorioso ha diritto di recuperare le proprie spese processuali direttamente dall'avvocato dell'attore, nel caso in cui si accerti che la *class action* sia stata proposta senza la dovuta valutazione delle possibilità di successo. La pronuncia costituisce un palese avvertimento che coloro che svolgono funzioni procuratorie per la classe non dovrebbero accettare mandati per *class actions* che siano palesemente ostili e prive di fondamento.

(76) *Johnson Tiles Pty Ltd. V. Esso Australia Ltd.* (1999) FCA, 1363.

(77) La corte australiana ha fatto uso del generale potere di *review* riconosciuto dalla *Section 23* del *Federal Court Act* 1976, che consente ai giudici di verificare la lealtà e ragionevolezza delle pattuizioni sugli onorari convenute tra cliente ed avvocato. Recentemente la *Australian Law Reform Commission* ha raccomandato di approvare una disciplina che introduca un potere di approvazione delle predette pattuizioni, al fine di poter verificare l'adeguatezza della rappresentanza e la ragionevolezza degli onorari concordati (*Report on Managing Justice: A Review of the federal Civil Justice System*(ALRC 89-2000) paragrafi 7.87-7.128).

(78) *Treacy v. Rylestone Pty. Ltd.* (2002) W.A.S.C. 178.

(79) I fatti di *maintenance* e *champerty* erano puniti nel sistema australiano sia a livello penale che civile; ora sono stati depenalizzati e hanno perso rilevanza a fini civilisti, salvo il potere del giudice di non far procedere l'azione in caso di accertamento di fatti di *abuse of process* da parte dei terzi finanziatori. Il crimine di *maintenance* ricorre quando un terzo presta assistenza finanziaria ad una delle parti affinché possa promuovere, continuare o resistere ad un'azione in giudizio. Quello di *champerty*, rientrando nel *genus* dei fatti di *maintenance*, identifica più specificamente il patto di quota lite in senso tecnico, in cui all'assistenza finanziaria corrisponde la promessa di un corrispettivo proporzionato al valore dell'oggetto della lite.

(80) *Gore (trading as Clayton Utz) v. Justice Corp. Pty. Ltd.* (2002) F.C.A. 354.

(81) Pur se prevedono strumenti processuali che solo lontanamente assomigliano alle *class actions* statunitensi o alle esperienze straniere passate in rassegna, vanno menzionate, per completezza, la legge in materia di azioni di gruppo del 1° maggio 1994 dei Paesi Bassi, la l. 83/95 in materia di azioni popolari del 31 agosto 1995 del Portogallo, il c.p.c. spagnolo del 10 gennaio 2000. Proposte, che prevedono strumenti processuali più simili alle *class actions* statunitensi, sono state presentate in Norvegia, Svezia e Irlanda. Per una panoramica della situazione esistente in America Latina e, in particolare, in Brasile cfr. Pellegrini Grinover, *Le azioni collettive ibero-americane: nuove questioni sulla*

legittimazione e la cosa giudicata, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2003, p. 10-26 nonché *Id.*, *Dalla class action for damages all'azione di classe brasiliana (i requisiti di ammissibilità)*, in *Riv. Dir. proc. civ.*, 2000, 1068-1086.

(82) Il GLO, da comunicarsi alla *Law Society* e alla *Royal Court of Justice*, accanto al descritto contenuto obbligatorio può, altresì, presentarne uno facoltativo (la sospensione o il trasferimento presso la *management court* delle controversie che presentino una o più questioni comuni a quelle identificate nel GLO). Nessun GLO può essere emesso senza il consenso del *Lord Chief Justice* (in caso di procedimento innanzi alla *Chancery Division*) o del *Vice-Chancellor* (in caso di procedimento presso le *county courts*).

(83) Nel registro, che è normalmente tenuto presso il giudice (è ammessa altresì una delega ad un'avvocato), andranno inseriti tutti i dettagli delle controversie che la corte ritiene opportuni. Al fine di far circolare le informazioni tra coloro che siano parti nelle controversie iscritte nel registro, è possibile richiedere documenti relativi alle altre cause e avere accesso ai dati contenuti nel registro.

(84) È sufficiente la mera presenza della comunanza (o connessione) di questioni di fatto o di diritto ("*claims which give rise to common or related issues of fact or law*").

(85) Con il menzionato documento di consultazione (*Representative Claims: proposed new procedures*), scaricabile dal sito www.open.gov.uk, si introdurrebbe una legittimazione *iure proprio* dei *representative bodies* alla proposizione di azioni inibitorie - anche al di là di quelle obbligatorie per diritto comunitario - nonché di azioni risarcitorie per conto di soggetti identificati (sindacato che agisce per i suoi iscritti), meramente identificabili (tutti gli acquirenti di un prodotto o di un servizio che hanno subito un'illegittima maggiorazione) o non identificabili (al fine di promuovere un *test case* per conto di "tutti i consumatori").

(86) Che possono avere una natura giuridica pubblicistica (come le nostre autorità amministrative indipendenti) o privatistica (alle c.d. SROs - *Self-Regulatory Organizations* -, massicciamente presenti nei sistemi di *common law*, sono attribuiti rilevanti poteri di regolazione e vigilanza).

(87) Scaricabile dal sito www.dti.gov.uk (sezione "consultation papers").

(88) In conformità alla c.d. *english rule*.

(89) La *Law Society* raccomanda, altresì, che essa non debba superare il 25% del risarcimento dei danni ricevuti dal cliente.

(90) Il giudice ha ampi poteri di controllo sulla misura e condizioni delle pattuizioni relative al compenso del difensore e può ridurre l'ammontare contrattualmente dovuto su istanza del cliente o della parte richiesta di pagare (per esempio una società di assicurazione).

(91) Le *settlement class actions* costituiscono creazione essenzialmente giurisprudenziale. Potrebbe potenzialmente farsi ricorso al rimedio nel caso in cui in una precedente causa individuale nei confronti della controparte della classe sia stata risolta una questione di fatto o di diritto comune alle potenziali domande risarcitorie dei *class members* in modo ad essi favorevole (la decisione avrebbe efficacia di precedente invocabile da questi ultimi nei confronti della controparte comune, che difficilmente potrebbe sovvertire l'affermazione di responsabilità sull'*an*, restando aperte solo le questioni relative alla quantificazione). Solitamente gli avvocati della controparte della classe e quelli che aspirano a difendere la

classe si presentano al giudice con una proposta di transazione finalizzata ad ottenere un provvedimento giurisdizionale che costituisca nel contempo preliminare approvazione giudiziale del *settlement* e certificazione della classe e che verrà comunicato ai membri della classe mediante una *notice* indicante la data in cui si terrà l'udienza pubblica per la comparizione delle parti. All'esito dell'udienza il giudice potrebbe provvedere omologando l'accordo la cui efficacia potrebbe estendersi a tutti coloro che non abbiano esercitato l'*opt-out*.

(92) Si consideri il Paper di Tidmarsh, *Mass Tort Settlement Class Actions: Five Case Studies*, nell'ambito degli studi condotti dal *Federal Judicial Center* nel 1998, in particolare p. 19 ("*Although it shares this common bond with its more common cousin, the "litigation class action", the "settlement" class action achieves its binding effect in a different manner. In a litigation class action, the function of the class action is to litigate contested issues on a class-wide basis. With regard to the factual and legal issues still to be resolved in the case, the parties occupy an adversarial relationship. By contrast, a settlement class action is intended not to litigate contested issues but to implement a settlement. ...Instead, they mutually desire the same outcome - to bind the class representative and members to the settlement*").

(93) Sono state certificate negli anni ottanta, tra l'altro, *In Re Federal Skywalk Cases*, 93 F.D.R. 415 (W.D.Mo), *vacated*, 680 F. 2d 1175 (8th Cir.), *cert. denied*, 459 U.S. 988 (1982); *In Re Agent Orange Prod. Liab. Litig.*, 100 F.R.D. 718 (E.D.N.Y. 1983), *aff'd*, 818 F 2d 145 (2d Cir. 1987), *cert. denied*, 484 U.S. 1004 (1988); *Jenkins v. Raymark Indus., Inc.*, 782 F.2d 468 (5th Cir. 1986); *In Re School Asbestos Litig.*, 789 F.2d 996, 1009 (3d Cir.) ("*the trend has been for courts to be more receptive to use of the class action in mass tort litigation*"), *cert. denied*, 479 U.S. 852 (1986).

(94) *In Re Benedict Prods. Liab. Litig.*, 749 F.2d 300, 305 n. II (6th Cir. 1984) la corte federale del *Sixth Circuit* annullò il provvedimento con cui il giudice di prime cure aveva certificato una *class action* animata dalla finalità esclusiva di transigere implicitamente affermando che gli standards di certificazione di una *settlement class action* sono diversi da quelli previsti per le *litigation class actions* ("*the standards for certifying a class are different depending on whether the class is for settlement or whether it is for trial*"). Pur non sindacando l'*implicit ruling* del *Judge Rubin* della *Southern District Court of Ohio* né negando in astratto l'ammissibilità della *settlement class action*, la corte si limitò a segnalare che, non risultando precedenti in materia, la *Rule 23(b)(1)* non avrebbe potuto essere allargata, allo stato, ai fatti di causa.

(95) Il caso è descritto da Mc Govern, *The Alabama DDT Settlement Fund*, p. 53 *Law & Contemp. Probs.* 61 (Autumn 1990). Secondo l'autore solo tre persone esercitarono l'*opt-out* in relazione al *settlement*.

(96) *In Re A.H. Robins Co.*, 880 F.2d 709 (4th Cir.), *cert. denied*, 493 U.S. 959 (1989).

(97) Per i riferimenti a tutti gli atti relativi all'approvazione e alle varie fasi di impugnazione dei *settlements* relativi ai casi citati cfr. Tidmarsh, *Mass Tort Settlement Class Actions: Five Case Studies*, cit., p. 1.

(98) Giussani, *La transazione collettiva per i danni futuri: economia processuale, conflitti d'interesse e deterrenza delle condotte illecite nella disciplina delle "class actions"*, in *Foro it.* 1998, IV, c. 175.

(99) Cfr. il *Report* della Commissione sudafricana del 1998 (*The recognition of class actions and public interest actions in South African Law*), il *Consultation Paper* della Commissione irlandese del 2003 (*CP on Multi-party litigation (class actions)*), la proposta norvegese e quella svedese.

(100) Non con quelli derivanti da norme ordinarie che potrebbero essere normalmente derogati in considerazione delle specificità delle *class actions* e che, peraltro, potrebbero essere considerate uno strumento costituzionalmente necessario in una logica di attuazione degli artt. 24 e 111 della Costituzione (il primo, per garantire l'accesso alla giustizia per le *small claims*, il secondo, per garantire l'efficienza come corollario del giusto processo).

(101) Le *representative suits* non sono decollate negli stessi ordinamenti che le hanno previste (Regno Unito, Irlanda e Australia). Il sistema della *group litigation* è stato introdotto in Inghilterra e Galles nel 2000. Esso, presentando strette affinità con un meccanismo di *opt-in class actions*, consentirebbe di evitare attriti con i principi processuali nostrani (e segnatamente l'approccio tradizionale al contenzioso fondato sul principio dispositivo che esalta l'autonomia privata) perché prevede un sistema di azioni separate (a differenza della *class action*). Allo stesso tempo si beneficerebbe di un meccanismo che consente il consolidamento delle informazioni relative al gruppo in un unico registro, di un processo unitario che evita duplicazioni processuali e incompatibilità tra giudicati nonché di un'elevata flessibilità nel giudicare in modo unitario su questioni comuni e individuali. Tuttavia, il sistema inglese presenta anche svantaggi (l'assenza di certezza in ordine all'attivazione della procedura rappresentativa, la possibilità di numerosi processi frammentati e, soprattutto, l'assenza di consistenti risparmi in termini economici per i membri del gruppo) e presuppone un efficiente sistema di assistenza legale (*civil legal aid*), qual è la *Law Society*, sotto la cui egida si coordinano gli avvocati che si presentano alla corte per chiedere un *group litigation order*.

(102) In Irlanda, utilizzando la dizione dell'*Order 15 Rule 9 of the Rules of the Superior Court* in materia di *representative action*, la corte d'appello ha stabilito che la pronuncia resa contro la delegataria avrebbe potuto avere effetto contro le altre 77 compagnie di assicurazione coassicuratrici (*Irish Shipping v. Commercial Union Assurance*, 1991, 2QB, 206).

(103) Fava, *La praticabilità delle class actions in Italia per illegittimo collocamento: la responsabilità civile degli emittenti, degli intermediari e delle società di revisione*, dattiloscritto dell'intervento del 27 giugno 2003 tenuto presso la *European School of Economics* nell'ambito del master in diritto della responsabilità civile.

(104) Cfr. *Section 33X del Federal Court of Australia Act 1976*, come modificato dal *Federal Court of Australia Amendment Act 1991*, no 181, Sec. 3.

(105) In primo luogo la questione dell'estensione dell'effetto interruttivo e sospensivo della prescrizione a favore degli assenti. Le soluzioni potrebbero differire secondo il modello adottato (presenza o meno di una certificazione, legittimazione *ex lege*). Semplicisticamente, potrebbe sostenersi che, ove alla domanda iniziale (individuale dell'attore rappresentativo) debba seguire una specifica domanda volta ad ottenere la certificazione (secondo il modello statunitense), l'effetto interruttivo e sospensivo potrebbe estendersi agli assenti dal momento dell'istanza di certificazione fino al provvedimento di merito finale o all'omologazione della transazione (in caso di certificazione positiva) oppure fino al provvedimento che disponga la

procedibilità in forma individuale. In questo caso, la prescrizione comincerebbe a decorrere per tutti coloro che abbiano esercitato l'*opt-in* o che non abbiano esercitato l'*opt-out* (secondo il modello), ma non per coloro che abbiano esercitato l'*opt-in* o che abbiano esercitato l'*opt-out* (per i quali la prescrizione correrebbe secondo i criteri ordinari). In secondo luogo, il problema dell'ammissibilità di domande riconvenzionali da parte della controparte della classe. Potrebbero ritenersi ammissibili solo quelle nei confronti della classe (sulle questioni comuni) e, forse, nel caso della possibilità della cognizione delle questioni individuali in un unico processo, anche le riconvenzionali relative a domande individuali. In terzo luogo, in materia di ammissibilità ed effetti delle prove, potrebbero i membri assenti della classe essere chiamati come testimoni? Le prove legali dovrebbero essere del tutto escluse nelle *class actions*? Ove ammesse, quale sarà il loro valore nei confronti degli assenti?... In relazione alla "portata" del giudicato "di classe" sarebbe opportuno verificare, accanto all'impugnabilità della sentenza finale o dell'atto di omologazione della transazione per inadeguatezza della rappresentanza, la portata del principio della preclusione di successive azioni sul dedotto e il deducibile, in materia di questioni comuni e/o individuali.

(106) La Cassazione, interpretando l'art. 2233, comma 3° ("*Gli avvocati, i procuratori e i patrocinatori non possono, neppure per interposta persona, stipulare con i loro clienti alcun patto relativo ai beni che formano oggetto delle controversie affidate al loro patrocinio, sotto pena di nullità*"), suole affermare che "*il divieto del patto di quota lite tra l'avvocato ed il suo cliente si ricollega essenzialmente all'esigenza di assoggettare ad una disciplina uniforme, garantita da controlli pubblicistici, il contenuto patrimoniale del rapporto professionale, al fine di tutelare sia l'interesse del cliente, sia la dignità e la moralità del professionista, sia la funzione giurisdizionale, suscettibile di essere pregiudicata da apporti di difesa viziati, sia la dignità e la moralità della professione forense che risulterebbe pregiudicata quando nella convenzione concernente il compenso sia comunque ravvisabile la partecipazione del professionista agli interessi economici finali e esterni alla prestazione, giudiziale o stragiudiziale, richiestagli. Ne consegue che il patto di quota lite - il quale ben può ravvisarsi in una promessa unilaterale, costituendo questa un negozio causale nel quale l'astrazione della causa è limitata all'ambito processuale - va rinvenuto non solo quando il compenso del legale consiste in parte dei beni o crediti litigiosi - secondo l'espressa previsione normativa costituente solo in relazione alla ratio della tutela la tipizzazione dell'ipotesi di massimo coinvolgimento del legale che pertanto non esaurisce il divieto - ma anche quando quello sia stato comunque convenzionalmente correlato al risultato pratico della attività svolta: realizzandosi così quella partecipazione del professionista agli interessi pratici esterni alla prestazione" (Cass., sentenza n. 11485 del 19 novembre 1997). Tuttavia, "*non sussiste il patto di quota lite non solo nel caso di convenzione che preveda il pagamento al difensore, sia in caso di vittoria che di esito sfavorevole della causa, di una somma di denaro (anche se in percentuale all'importo riconosciuto in giudizio alla parte) ma non in sostituzione bensì in aggiunta all'onorario, a titolo di premio (cosiddetto palmario), o di compenso straordinario per l'importanza e difficoltà della prestazione professionale, ma anche quando la pattuizione del compenso al professionista - ancorché limitato agli acconti versati - sia sostanzialmente - anche implicitamente - collegata all'importanza delle prestazioni professionali o al valore della controversia e non in modo totale o prevalente all'esito della lite" (Cass. sentenza n. 4078 del 18 giugno 1986). Peraltro, "*fuori dall'ipotesi in cui la relativa prestazione rappresenti un atto***

di liberalità, il palmario, pur solitamente ricollegandosi il relativo obbligo, o per la volontà delle parti o per forza degli usi, all'esito vittorioso della lite, si configura essenzialmente quale compenso di carattere straordinario dovuto oltre quello spettante al legale per le singole prestazioni giudiziali; pertanto, la sua stipulazione può prescindere da qualsiasi previsione sull'esito della lite, ovvero tale previsione può formare oggetto di espressa pattuizione tra le parti" (Cass. sentenza n. 4557 del 27 agosto 1985).

(107) Vigoriti, *Patto di quota lite e libertà di concorrenza*, in *Riv. trim.*, 2003, p. 583 ("Gli accordi di quota lite adesso hanno referenti normativi che li legittimano. Sono le regole del trattato Ce, e segnatamente gli artt. 10, 81, 82 e 86, che trovano corrispondenti quasi identici nelle norme nazionali dei paesi membri. L'impatto di queste norme, e della relativa elaborazione degli organi di giustizia comunitaria, è stato formidabile e tale da determinare gli indirizzi degli organi nazionali garanti della concorrenza. Il convincimento generale è noto: le professioni liberali rientrano nell'ambito dei servizi economicamente rilevanti; esse risultano quindi assoggettate alle regole dettate per le attività imprenditoriali; in senso comunitario, è impresa qualunque entità che esercita un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento, con assunzione del rischio economico dell'attività l'avvocato è indubbiamente tale; gli enti esponenziali dell'avvocatura, composti o eletti solo da avvocati, vanno qualificati come associazioni di imprese; sono da ritenere lesive della libertà di concorrenza fra imprese quelle regole che gli ordini (i vari Nova, Cga, da noi il Cnf, altri) vogliono porre a contenimento della libertà di iniziativa economica dei singoli avvocati. I quali dunque, se desiderano accordarsi per quota lite, devono essere liberi di poterlo fare"). Con specifico riferimento alle azioni rappresentative quanto sostenuto dal Vigoriti potrebbe essere agevolato introducendo nuove forme di controllo da parte dei giudici sulle pattuizioni intervenute che potrebbero essere dichiarate non *enforceable* in assenza dell'approvazione della corte.

(108) L'art. 380 c.p. punisce con la reclusione da uno a tre anni e con la multa non inferiore a lire un milione il patrocinatore o il consulente tecnico che, rendendosi infedele ai suoi doveri professionali, arrechi nocumento agli interessi della parte da lui difesa, assistita o rappresentata innanzi all'Autorità giudiziaria. Costituisce circostanza aggravante la collusione con la parte avversaria. Si tratta di un reato proprio, a forma libera e di evento. Il fatto tipico si concretizza in una condotta infedele da cui sia derivato un nocumento alla parte. L'infedeltà è elemento normativo della fattispecie e rinvia a norme extrapenali ed anche al complesso dei doveri di correttezza professionale costituenti il codice deontologico del patrocinatore e del consulente, oltre alle regole non codificate della prassi professionale. Tuttavia, la sola infedeltà non è sufficiente ad integrare gli estremi del reato, occorrendo accertare, altresì, il nocumento agli interessi che la parte ha nel processo e cioè il danno da questa subito per la violazione dei doveri professionali da parte del patrocinatore o del consulente (come nel caso di soppressione dei mezzi di prova, della alternazione degli stessi, della decorrenza dolosa dei termini per proporre l'impugnazione). È discusso se il consenso della parte danneggiata possa escludere l'illegittimità del fatto quando questo comunque contrasti con i doveri professionali. Ciò dipende dall'individuazione degli interessi tutelati dalla norma penale con la conseguenza che si potrà attribuire efficacia scriminante al consenso della parte offesa ove l'articolo 380 c.p. sia ritenuto essere prevalentemente finalizzato ad assicurare

protezione alla parte assistita. Tornando alla questione che interessa la presente indagine, il problema sarà in concreto di verificare se sussista una sovrapposibilità tra l'art. 380 c.p. e l'art. 2233 c.c., in particolare se la violazione del patto di quota lite possa essere qualificata come infedeltà ai sensi e per gli effetti della norma penale incriminatrice. In primo luogo si consideri che già l'ambito oggettivo delle norme non coinciderebbe essendo la tutela penale esclusa in presenza di attività professionali meramente stragiudiziali (richiedendosi, come presupposto del delitto, la presenza di una difesa, di un'assistenza, di una rappresentanza innanzi all'autorità giudiziaria). Altro dubbio è quello relativo ai confini della *quota litis* civile, che difficilmente potrebbe coprire fattispecie negoziali tariffarie che aggiungano alla tariffa base un compenso ulteriore a titolo di premio in misura fissa o anche percentuale, purché calcolata in proporzione alla tariffa base. Non sussistendo illecito civile o disciplinare verrebbe meno qualunque ipotizzabilità di un'eventuale fattispecie criminosa.

(109) Come indicato in precedenza la *no win no fee* indica che l'avvocato non percepirà alcun compenso in caso di esito sfavorevole della lite mentre le fattispecie di *conditional fee agreement* o *uplift* o *speculative fee* sono costruite in modo da differenziarsi dal vero patto di quota lite in quanto l'onorario supplementare dell'avvocato sarebbe calcolato in percentuale rispetto alla tariffa base e non in riferimento al valore di quanto ottenuto all'esito della lite. Si consideri che nel nostro ordinamento la giurisprudenza della Cassazione ha considerato lecito il palmario, concretantesi in un volontario riconoscimento che il cliente spontaneamente corrisponde al difensore in considerazione della qualità, importanza e difficoltà dell'opera svolta dal professionista nei suoi confronti. Peraltro, l'art. 45 del Codice di deontologia forense stabilisce "È vietata la pattuizione diretta ad ottenere, a titolo di corrispettivo della prestazione professionale, una percentuale del bene controverso ovvero una percentuale rapportata al valore della lite. È consentita la pattuizione scritta di un supplemento di compenso, in aggiunta a quello previsto, in caso di esito favorevole della lite, purché sia contenuto in limiti ragionevoli e sia giustificato dal risultato conseguito" mentre, il Codice Deontologico degli Avvocati della Comunità Europea, all'art. 3.3., prevede che "L'avvocato non può indicare i propri onorari sulla base di una quota della lite. Il patto di quota lite è una convenzione intercorsa tra l'avvocato e il suo cliente, prima della conclusione definitiva di una pratica riguardante il cliente stesso, in base alla quale il cliente si obbliga a versare all'avvocato una parte del risultato ottenuto, sia essa una somma di denaro o qualsiasi altro bene o valore. Non costituisce patto di quota lite la convenzione che preveda la determinazione dell'onorario in proporzione al valore della causa di cui l'avvocato è incaricato, se ciò è conforme ad una tariffa ufficiale o è ammesso dall'autorità competente da cui dipende l'avvocato".

Corriere Giur., 2004, 3, 397 (dottrina)

Processo civile - Class actions

Class actions all'italiana: «Paese che vai, usanza che trovi» (l'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge n. 3838 e n. 3839)

di Pasquale Fava

L'Autore, alla luce della disciplina in materia di tutela in forma aggregata di pretese seriali predisposta dai principali ordinamenti giuridici (Stati Uniti, Canada, Australia e Regno Unito), segnala la possibilità di migliorare le recenti proposte di legge italiane in materia di azioni rappresentative estendendo l'ammissibilità delle class actions alle pretese non consumeristiche nonché favorendo la concorrenza tra centri di aggregazione.

Sommario: *Class actions* : dalle origini alle forme moderne - Stati Uniti - Canada - Australia - Regno Unito - La risposta del legislatore alle statuizioni della Cassazione sulla questione dei rimborsi R.C.A. (Cass. n. 17475/2002) -Prime riflessioni sulle proposte, suggerimenti e un disegno alternativo

***Class actions* : dalle origini alle forme moderne**

Le origini storiche delle *class actions* vanno ricercate nella « *representative suit* » inglese ⁽¹⁾ e, in particolare, nel passaggio dalla giurisdizione delle corti feudali locali (*manorial courts*) ⁽²⁾ a quella delle corti di *equity* (Chancery Court), che, pur se formalmente giustificato dalla necessità di rimediare alle ingiustizie e ristrettezze derivanti dalla tipicità delle azioni *at law* fu, in realtà, motivato dalla volontà di accentramento dei poteri giurisdizionali presso la Corona. Proprio per le carenze dei processi innanzi alle corti di *common law* , che non rendevano agevole la *multiparty litigation* , la giurisprudenza della Chancery Court si caratterizzò per le importanti aperture verso i fenomeni di litisconsorzio necessario, riponendo l'attenzione nei criteri di accertamento dell'adeguatezza della rappresentanza degli interessi degli assenti quale presupposto necessario ai fini dell'estensione degli effetti del giudicato ⁽³⁾ La Corte, infatti, respinse di frequente le eccezioni di improcedibilità della domanda per incompletezza del contraddittorio, considerando irrilevante l'assenza di quelle parti che avrebbero potuto considerarsi «adeguatamente» rappresentate dai soggetti presenti nel processo. Con l'unificazione delle giurisdizioni di *common law* e di *equity* dell'età riformistica vittoriana, le applicazioni restrittive della Rule 12(1) delle Rules of the Supreme Court Ord. 15 portarono all'abbandono della *representative suit* , specie in considerazione dell'impossibilità del suo utilizzo per le azioni risarcitorie (*damages actions*) ⁽⁴⁾ .

Il testimone passò all'emergente sistema statunitense in cui le *representative suits* furono riconosciute, per la prima volta, solo nel 1842 attraverso l'inserimento della Equity Rule 48 ⁽⁵⁾ , ammettendosi i *representative proceedings* in presenza di un numero eccessivo di parti, purché non risultassero pregiudicate le ragioni degli assenti. Successivamente, anche il Codice di Procedura Civile dello Stato di New York (c.d. Field Code), introdusse una disciplina delle *representative suits* , che, nelle sue prime applicazioni, fu utilizzata in materia fiscale e di contabilità pubblica. Nel 1912, la riforma delle Equity Rules federali, eliminando il riferimento alla salvezza delle ragioni degli assenti, precisava che le *representative*

suits dovevano ritenersi ammissibili in presenza di un interesse generale o comune. La giurisprudenza, occupatasi del problema (sia sotto il vigore della versione originaria delle Equity Rules che in quelle riformate del 1912) dell'effetto estensivo del giudicato (formatosi nel processo rappresentativo) per i membri assenti del gruppo rivelatosi, almeno *prima facie*, in contrasto con la logica individualistica statunitense nonché con la intangibilità della sfera personale proprietaria (salvo le garanzie del *due process*) costituzionalmente prevista, fu dell'avviso che i soggetti adeguatamente rappresentati avrebbero dovuto subire il giudicato sfavorevole⁽⁶⁾. Nel 1938, il sistema processuale federale fu totalmente riformato, inserendosi una disciplina del tutto innovativa in materia di azioni rappresentative le quali furono, pertanto, ribattezzate come « *class actions* »⁽⁷⁾. Era il tempo dell'originaria Rule 23, anche conosciuta come Moore Rule, dal nome di James Moore che ideò una nuova classificazione tripartita, distinguendo le *true class actions* (*joint rights*) da quelle *hybrid* (azioni *in rem*) e *spurious* (questioni comuni di fatto o di diritto). Mentre per le prime si proponeva un'estensione completa degli effetti del giudicato, per le seconde gli effetti *ultra partes* sarebbero stati possibili solo se favorevoli, secondo il modello *deliudicatum secundum eventum litis* (c.d. *one-way intervention*). Nel 1966, un nuovo intervento del Congresso riformulava le categorizzazioni della Rule 23 ed eliminava il *one-way intervention* e il sistema di *opt-in*, introducendo la regola dell'estensione degli effetti del giudicato sia favorevoli che sfavorevoli prevedendo, per talune fattispecie, l'*opt out right*.

La Rule 23 delle US Federal Rules of Civil Procedure ha trovato una vastissima applicazione nelle corti statunitensi⁽⁸⁾ e la giurisprudenza e la dottrina americana hanno lavorato molto per esaltarne le potenzialità ed eliminarne gli aspetti patologici. Dal 1966 il solo intervento legislativo di rilievo, peraltro limitato alla *securities litigation*, è stato il Private Securities Litigation Reform Act (PSLRA) del 1995 poi modificato dal Securities Litigation Uniform Standards Act (SLUSA) del 1998. Sono attualmente all'esame del Congresso atti normativi di portata generale che potrebbero introdurre modifiche rilevanti alla disciplina federale delle *class actions* statunitensi⁽⁹⁾.

La Rule 23 e le sue applicazioni concrete da parte della giurisprudenza statunitense è stata da sempre modello di riferimento per le Commissioni-studio incaricate - da Legislatori e Governi di ogni parte del mondo - di verificare la possibilità di innestare lo strumento processuale nel proprio ordinamento giuridico. Nel quadro dell'evoluzione delle relazioni economiche verso rapporti di massa, che vedono moltitudini di consumatori, utenti, investitori... contrapposti a forti operatori economici, l'opportunità di riequilibrare le posizioni dei litiganti «occasional» e «abituale», sfruttando la circostanza che «l'unione fa la forza», è stata considerata con estremo interesse. Molti Paesi, anche con normative tradizionalmente ancorate alla regola della soccombenza e a divieti di *quota litis*, accertando l'impossibilità/estrema difficoltà di avere accesso alla giustizia per situazioni soggettive che, pur se di modesta entità, nell'aggregazione raggiungono dimensioni considerevoli (a causa dell'assenza nel rispettivo ordinamento di meccanismi di procedibilità in forma aggregata di pretese seriali da azionarsi da parte di attori rappresentativi) hanno implementato rivoluzionarie riforme tese non solo all'introduzione di strumenti simili alle *class actions* ma anche di incentivi e agevolazioni per il loro effettivo sviluppo.

Stati Uniti

La US Rule 23 delle Federal Rules of Civil Procedure⁽¹⁰⁾, nella sua formulazione attuale, stabilisce che uno o più membri di una classe possono citare (classe di attori) o essere citati (classe di convenuti) in giudizio, come parti rappresentative⁽¹¹⁾ di tutti gli altri, solo se sussistono tutti i prerequisiti indicati sub a) (*numerosity, commonality, typicality, fairness and adequacy*) unitamente ad almeno uno dei requisiti di cui alle tre lettere sub b). Pertanto, mentre quelli sub a) devono sussistere cumulativamente e sempre, quelli sub b) sono alternativi e da essi dipende la tipologia di *class actions* attivata che è rilevante, in particolare, per la diversa disciplina della *notice* e dell' *opt-out* . La procedibilità in forma aggregata di pretese seriali azionate da attori rappresentativi è consentita solo attraverso un provvedimento del giudice (*order*), la c.d. *certification* , avente natura di autorizzazione a procedere in forma rappresentativa, che deve tendenzialmente adottarsi *in limine litis*⁽¹²⁾ .

Il primo dei quattro requisiti necessari della lettera a) è la *numerosity* (a1). Esso postula, per la formazione di una classe la presenza di molte persone anche se non c'è un numero magico, a differenza di altre giurisdizioni e, pertanto, se centinaia o migliaia di persone sono state danneggiate da una pratica di mercato illecita, pochi possono agire in rappresentanza per tutti. Più si è, maggiori possibilità si hanno che il giudice certifichi la classe.

La *commonality* (a2), invece, richiede che le pretese implicino la risoluzione di questioni di fatto o di diritto comuni a tutti i membri della classe (*questions of law or fact common to the class*). Si pensi, ad esempio, ad un centinaio di persone che hanno comprato un'automobile con una cintura di sicurezza difettosa provenienti dallo stesso produttore.

In base alla *typicality* (a3), inoltre, la pretesa dell'attore rappresentativo deve essere «tipicamente» quella di un altro membro della classe, nel senso che deve essere proprio quella che farebbe valere un *class member* . Difatti, se l'attore rappresentativo ha sofferto un danno diverso o ha interessi differenti rispetto ai soggetti rappresentati, tale requisito non può dirsi soddisfatto (come ad esempio, se taluno volesse fondare la sua pretesa sulla circostanza che la cintura di sicurezza della propria autovettura non è funzionante, non potrà rappresentare coloro che, viceversa, sostengono che la cintura è perfettamente operante mentre l' *airbag* si gonfia pericolosamente).

L'ultimo dei quattro numeri di cui lettera a) prevede la c.d. *fair and adequate representation* (a4). Il requisito richiede che l'attore rappresentativo (ma anche il suo avvocato, c.d. *class counsel*) sia in grado di rappresentare la classe con lealtà, senza conflitti di interesse, in maniera tecnicamente ed economicamente adeguata, agendo nel miglior modo possibile a tutela degli interessi dell'intera classe. Pertanto, un avvocato che abbia commesso errori grossolani in un'altra *class action* o che abbia mentito sotto giuramento non potrà ritenersi «adeguato».

In presenza di tutti i requisiti di cui alla lettera a), il giudice rilascerà la certificazione della classe⁽¹³⁾ e ne determinerà la tipologia in presenza delle circostanze indicate ai tre numeri della lettera b), tra cui sussiste un rapporto di alternatività, nel senso che basta la riconducibilità ad una delle tre categorie per ottenere un provvedimento positivo del giudice mentre, problemi in tema di regime di *notice* ed *opt-out* , sorgono in contestuale presenza degli elementi della classe b3) con quelli delle classi b1) e b2).

In base alla lettera c) della Rule 23 il giudice deve stabilire (*by order*), non appena lo ritenga opportuno e ragionevole, dopo la proposizione dell'azione (*as soon as practicable after the commencement of an actions brought as a class action*), se la procedibilità della stessa possa

essere mantenuta in forma aggregata (*whether it is to be so maintained*). Il provvedimento di certificazione, che può essere sottoposto a condizione ed è modificabile in ogni momento antecedente la decisione che definisca nel merito la controversia, deve descrivere la classe (al fine di consentire l'individuazione degli appartenenti alla stessa), accertare in modo sommario la sussistenza dei requisiti della lettera a), nonché inquadrare l'azione nell'ambito di una delle categorie tipologiche della lettera b). Il giudice può anche determinare che la *class actions* sia mantenuta solo in relazione a particolari questioni controverse oppure dividere la classe in sottoclassi (ciascuna sottoclasse sarà, in questo caso, trattata come una classe) ⁽¹⁴⁾ .

Un *class action* è certificabile come b1) quando l'attivazione di giudizi separati da parte o contro membri della classe possa creare un rischio di: (A) giudicati individuali contrastanti che impongano alla controparte della classe regole di condotta incompatibili tra loro, oppure, (B) i giudicati individuali potrebbero essere, di fatto, dispositivi delle pretese degli altri membri oppure pregiudicare o impedire le capacità di tutelare i propri interessi. Sono state categorizzate come b1) numerose *class actions* a tutela di *civil rights* nonché pretese collettive, pur se di natura risarcitoria e quindi inquadrabili sub b3), la cui realizzazione avrebbe potuto comportare l'incapienza del patrimonio del convenuto con il rischio di impossibilità di soddisfacimento per tutti i danneggiati.

La certificazione sub b2) è concessa in presenza di un'azione o un'omissione della controparte della classe che produca effetti negativi su tutti i membri della stessa. Si tratta di provvedimenti dichiarativi (*declaratory relief*) o ingiuntivi (*final injunctive relief*), di contenuto molto più ampio dei nostri provvedimenti inibitori. Hanno ricevuto la certificazione come b2) molte *class actions* in materia di discriminazioni contro lavoratori.

Queste categorie sono le c.d. *mandatory class action* (obbligatorie), per le quali la Rule 23, non riconoscendo espressamente ai rappresentati il diritto di *opt-out* né quello di ottenere la relativa notice, prevede un'estensione automatica degli effetti *ultra partes* del giudicato, senza che sia consentito manifestare il proprio dissenso, né essere a tal uopo informati.

Ad ogni buon conto, può rilevarsi come la categoria più importante ma anche più controversa (in quanto più garantista), è quella prevista dalla lettera b3), sotto la quale vengono tendenzialmente certificate le c.d. *damages class actions* ⁽¹⁵⁾ . La certificazione, in tal caso, viene concessa se il giudice ravvisa che le questioni comuni (di fatto o di diritto) prevalgano su quelle individuali e che la *class actions* sia il rimedio processuale superiore ad ogni altro strumento disponibile per una corretta ed efficiente composizione della controversia. La Rule 23, inoltre, indica anche taluni indici che possono guidare il giudice nella sua valutazione discrezionale: l'interesse dei membri della classe ad agire in via individuale; l'esistenza di eventuali giudizi già iniziati; l'opportunità di concentrare la risoluzione delle controversie presso un unico soggetto giudicante; le difficoltà di gestire un processo in forma rappresentativa).

La disciplina federale prevede per la *class actions* del tipo b3) la necessità di dare alla classe la *best notice practicable* (il migliore avviso praticamente possibile), nonché avvisi individuali (*individual notice*) a tutti i membri assenti della classe identificabili attraverso un ragionevole sforzo. L'avviso deve offrire informazioni in relazione ai tempi e alle modalità di esercizio del diritto di *opt-out* , indicando il termine entro cui far pervenire la loro dichiarazione di esclusione nonché la circostanza che, in mancanza, ogni pronuncia relativa alle pretese della

classe sarà vincolante nei confronti dei membri assenti. La comunicazione deve, altresì, fare espresso riferimento alla possibilità, per i membri che non abbiano esercitato il diritto d'uscita, di comparire in giudizio (*appear*) tramite un difensore.

Nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale statunitense, accanto al diritto di manifestare la propria volontà di distaccarsi dal procedimento collettivo, introdotto con la riforma del 1966 (con cui si è abbandonato il precedente sistema di *opt-in* , che riconosceva al singolo la libertà di aggregarsi alla *class action* , attraverso la propria attività positiva di partecipazione), è stata riconosciuta, tra l'altro, l'idoneità a perseguire due funzioni rilevantissime: da un lato, la salvaguardia del principio costituzionale del *due process of law* ⁽¹⁶⁾ , dall'altro, la possibilità di radicare il potere giurisdizionale nei confronti di soggetti residenti in Stati diversi da quello di proposizione dell'azione ⁽¹⁷⁾ (per il convenuto, invece, deve sussistere il *requirement* giurisprudenziale del *minimum contact*). Per le *class actions* di tipologia b1) e b2) la garanzia del *due process* , viceversa, viene soddisfatta (per gli assenti) attraverso il controllo giurisdizionale sull'adeguatezza della rappresentanza dell'attore (e dell'avvocato), il riconoscimento del diritto di impugnare il giudicato collettivo dando prova dell'inadeguatezza della rappresentanza o del conflitto d'interessi (circostanza che indica come l'accertamento dell'effetto preclusivo del giudicato collettivo vada oltre la mera verifica dei limiti soggettivi e oggettivi dell'azione proposta, «inquinandosi» con le valutazioni «collettivistiche» relative all'adeguatezza della rappresentanza), nonché mediante la predisposizione e l'invio di *notices* anche non individuali (garantite da un corretto esercizio dei poteri riconosciuti al giudice dalla lettera d) della Rule 23). Le *notices* , inoltre, devono essere idonee a raggiungere un campione casuale di componenti della classe abbastanza ampio da garantire che praticamente ogni tipo di eventuale dissenso abbia un'effettiva possibilità di essere manifestato.

Problemi particolari sono emersi in caso di presenza simultanea dei presupposti di certificazione della categoria b3 (*non-mandatory class actions*) con quelli delle tipologie b1) o b2) (*mandatory class actions*), specie con riferimento all'individuazione del regime della *notice* e dell' *opt-out* , come nel caso di azioni risarcitorie in presenza della potenziale insolvenza del convenuto o del cumulo di domande risarcitorie ed ingiuntive. La giurisprudenza ha seguito orientamenti prammatici, ad esempio, verificando la prevalenza dell'azione ingiuntiva su quella risarcitoria per scongiurare abusi nell'utilizzo delle *non-mandatory class actions* , finalizzate esclusivamente ad evitare le costose formalità della *notice* individuale e il rischio di frantumazione della classe per l'esercizio dell' *opt-out* ⁽¹⁸⁾ . In alcuni casi le corti federali hanno fatto uso del proprio potere discrezionale di direzione e di gestione del processo, previsto dalla lettera d) della Rule 23 ⁽¹⁹⁾ , imponendosi in via giurisprudenziale, l'invio di *notices* informative alla classe e, talvolta, il diritto di *opt-out* , in circostanze anche non previste dalla stessa Rule 23.

Ottenuta la certificazione, effettuate le eventuali *notices* disposte dal giudice, spirato il termine per l'esercizio dell'eventuale *opt-out right* , i provvedimenti del giudice che devono descrivere la classe al fine di identificarne gli appartenenti (e nel caso delle *class actions* del tipo b3), anche indicando coloro cui è stata diretta la *notice* nonché coloro che non hanno richiesto l'esclusione), sono potenzialmente idonei ad acquistare efficacia di giudicato nei confronti di tutti gli appartenenti della classe, con la sola eccezione di coloro che abbiano legittimamente manifestato la volontà di non esserne vincolati.

Le *class actions* hanno avuto grande successo negli Stati Uniti assicurando principalmente, ad ogni americano, di avere accesso alla giustizia con modalità efficienti ed economiche, anche se per pretese di modesto ammontare, tutelando il diritto di ciascuno ad avere il proprio giorno in Corte (*right to have its own day in court*). Le *class actions* , inoltre, sono state anche affidatarie di funzioni di deterrenza in quanto hanno stimolato comportamenti migliorativi degli operatori che, altrimenti, non avvertendo il rischio potenziali iniziative giudiziarie, avrebbero avuto deboli motivazioni a rispettare le disposizioni normative e le regole di condotta improntate a lealtà e correttezza nelle relazioni economiche. Ad esse, tra l'altro, si è fatto ricorso per tutelarsi contro produttori e distributori di prodotti come monitors da computer, amianto e tabacco; contro pratiche d'affari in danno ai consumatori; contro emittenti che abbiano diffuso false informazioni sui mercati finanziari; contro datori di lavoro per pratiche discriminatorie a carico dei lavoratori; contro pratiche anticoncorrenziali e di pubblicità decettiva e così via.

I motivi del loro successo si rinvengono nell'intreccio tra i principi e le prassi giuridico-economiche statunitensi che hanno favorito lo sviluppo di una sorta di «imprenditoria forense» e lo specializzarsi di enormi *law firms* sia nell'assistenza dei *plaintiffs* (attori) che nella difesa delle controparti abituali delle classi. L'assenza della regola della soccombenza (l' *american rule* ⁽²⁰⁾ che, pur se sussistono numerose eccezioni e deroghe legislative e giurisprudenziali, postula che ogni parte sopporti le proprie spese facendo così innalzare il costo dell'azione giudiziaria) e l'ammissibilità di patti di quota lite (che si risolvono in una sorta di finanziamento da parte dell'avvocato che, in cambio di una percentuale del risultato positivo della lite, non solo rinuncia alla percezione dei propri onorari, ma anticipa anche le spese processuali) hanno rappresentato la linfa vitale del sistema.

Tuttavia, come ogni strumento, essenzialmente neutro, anche le *class actions* sono state utilizzate, in talune occasioni in modo patologico e molti *class counsels* hanno tenuto comportamenti in conflitto con gli interessi della classe, specie in fase di *settlement* (transazione). Solo per fare alcuni esempi in alcune transazioni sono mancati i dovuti controlli dei giudici e, pertanto, mentre gli avvocati hanno lucrato ingenti guadagni, i membri della classe hanno goduto solo di *coupons* per l'acquisto dei prodotti del convenuto (c.d. *coupon settlements*), pur essendo la *class action* certificata per un *monetary relief* ; in altre è mancata un'approfondita analisi dei c.d. *clear sailing agreements* (accordi tra avvocato dell'attore e convenuto con cui, quest'ultimo, pattuisce di non sollevare obiezioni in relazione all'ammontare degli onorari proposti a favore del *class counsel*); in altre ancora, si è finito con l'allargare l'oggetto della transazione a pretese che non erano state indicate nella certificazione al fine di ampliare l'effetto preclusivo del *settlement* .

Tuttavia, anche il verificarsi di fenomeni patologici non ha potuto ribaltare la circostanza che le *class actions* hanno reso un buon servizio al «sistema America» che, di recente, lungi dall'obliterare lo strumento, sta verificando una serie di proposte legislative volte all'eliminazione di quei meccanismi perversi, potenzialmente idonei a trasformare il legittimo esercizio del diritto di azione in forma rappresentativa in strumento ricattatorio di estorsione, finalizzato ad ottenere certificazioni di azioni di classe esclusivamente per pervenire alla conclusione di transazioni miliardarie, caratterizzate da ingentissime *fees* per gli avvocati. Si tratta delle proposte presentate presso il Senato e la Camera dei Rappresentanti del Congresso degli Stati Uniti, volte all'approvazione del Class Action Fairness Act 2003 ⁽²¹⁾ meglio

conosciuto come il *bill* della federalizzazione delle *class actions*. La proposta, al fine di eliminare i ricorrenti fenomeni del *forum shopping* e dell'applicazione della normativa statale al di là dei confini nazionali, prevede una modifica dei criteri che presiedono al riparto della giurisdizione tra corti federali e statali, stabilendo la cognizione federale per le sole *class actions* con valore superiore a 2 milioni di dollari che coinvolgano più di 100 persone⁽²²⁾ mentre, tutte le altre, potranno essere radicate presso i giudici statali.

Canada

Nell'ultimo decennio si è assistito ad una proliferazione della normativa in materia di *class action* in talune delle province canadesi. Pur se fino a poco tempo fa le *class actions* erano confinate nel territorio del Quebec⁽²³⁾, Ontario⁽²⁴⁾ e British Columbia⁽²⁵⁾, sembra che il *trend* vada in direzione di una progressiva ed ulteriore espansione verso altre province. Nel gennaio e nell'aprile 2002 Saskatchewan⁽²⁶⁾ e Newfoundland⁽²⁷⁾ si sono dotate di una propria disciplina in materia. In Alberta⁽²⁸⁾ e Manitoba⁽²⁹⁾, speciali Commissioni studio, hanno raccomandato l'implementazione di una legislazione in materia di *class proceedings*. Le varie normative sono diffusamente ispirate allo Uniform Class Proceeding Act 1996⁽³⁰⁾ e alla Rule 23 delle US Federal Rules of Civil Procedure pur se, specie con riferimento alla certificazione, i requisiti di procedibilità dei *class proceedings* sono meno restrittivi dei corrispondenti statunitensi.

I legislatori delle province canadesi hanno espressamente perseguito tre obiettivi di politica legislativa: consentire l'accesso alla giustizia per coloro che non avrebbero le possibilità economiche di proporre azioni giudiziali, specie nel caso di pretese di modesto valore (*small claims*); migliorare l'efficienza del sistema giudiziario, evitando contrasti tra giudicati e riunendo i casi identici presso un unico giudice; attuare deterrenza (senza tuttavia incidere sul diritto sostanziale attraverso l'introduzione di meccanismi di *punitive damages*) stimolando modifiche comportamentali nei grossi operatori economici su cui, in presenza di tante potenziali pretese individuali di piccolo taglio che non riescono ad aggregarsi, non graverebbe, per converso, alcun rischio di attuazione processuale delle situazioni soggettive sostanziali dai medesimi violate.

Ciascun membro della classe (minimo due persone), residente⁽³¹⁾ nelle province che hanno implementato meccanismi di *class proceedings* e che possa lealmente ed adeguatamente rappresentarla (*fair and adequately represent the interests of the class*), può presentare un'istanza di certificazione al giudice competente ove la pretesa vantata (*cause of action*) implichi la risoluzione di questioni comuni (*common issues*). La *class action*, inoltre, deve, altresì, rappresentare lo strumento processuale preferibile (*the preferable procedure for resolving the common issues*)⁽³²⁾. Nella prassi, per ragioni di economia ed efficienza, il processo è seguito dallo stesso giudice che si è occupato della certificazione. Il giudice dirige l'espletamento delle formalità che precedono la *certification* e definisce il contenuto e le modalità di diffusione della *notice* (avviso) per i membri assenti della classe che, in Canada, pur non essendo imposta in tutte le previsioni normative delle varie province, è normalmente disposta dalle corti. La comunicazione alla classe è di fondamentale importanza perché, avvenuta la certificazione, tutti coloro che sono individuati come appartenenti alla classe e che non abbiano esercitato l'*opt-out right* (diritto di uscita) saranno vincolati dagli effetti delle pronunce del giudice⁽³³⁾. La certificazione dovrà descrivere la classe, nominare

il *representative plaintiff*, precisare la natura delle pretese, i provvedimenti richiesti e le modalità per esercitare l' *opt-out right* nonché identificare le questioni comuni.

Il sistema processuale canadese consente espressamente che questioni comuni e individuali possano essere trattate all'interno di un unico processo. Dopo la certificazione della classe e l'avviso alla stessa, il giudice ha ampia discrezionalità nel definire l'ordine logico di trattazione delle questioni, ma dovrà, per legge, prima definire quelle comuni a tutta la classe, poi quelle comuni alle varie sottoclassi, successivamente quelle individuali e, da ultimo, ove si tratti di *damages class actions*, effettuare la liquidazione dei danni (in modo aggregato per la classe oppure dando istruzioni per l'ulteriore corso del processo per la liquidazione individuale).

In Canada, in materia di spese processuali, tradizionalmente opera la regola della soccombenza (*english rule*), ovvero *costs follow the event*, potendo la parte vittoriosa recuperare le spese processuali dalla parte perdente (c.d. *fee shifting*). Tuttavia, in più province è stata avvertita l'esigenza di limitare l'operatività della *english rule* nei *class proceedings* ⁽³⁴⁾. In British Columbia, non essendo sufficiente la mera soccombenza, si richiede che il convenuto che voglia recuperare le spese processuali dia prova che la *class action* sia frivola o vessatoria (*frivolous or vexatious*); in Quebec, è possibile recuperare solo le spese processuali nominali (*nominal costs*); in Ontario, il giudice può escludere il recupero ove sia dell'avviso che la *class action* sia un caso del tutto innovativo, che sollevi un punto di diritto nuovo o una questione di pubblico interesse (*the action is a test case which raises a novel point of law or involves a matter of public interest*). Mentre in British Columbia è stata virtualmente eliminata la regola della soccombenza, in Quebec e Ontario, al fine di rimuovere gli ostacoli d'ordine finanziario che avrebbero potuto impedire lo sviluppo delle *class actions*, si è promossa la costituzione di appositi fondi pubblici, con il compito di erogare, in caso di soccombenza del *representative plaintiff*, le somme necessarie per il pagamento delle spese processuali sostenute dal convenuto vittorioso (comprensive degli onorari degli avvocati solo in Quebec) in cambio del rimborso delle spese e di una percentuale del ricavato della lite (*levy*). Il finanziamento pubblico, pur essendo in linea di principio un'ottima opzione, creando una valida alternativa all'assistenza finanziaria privata (proveniente dagli stessi appartenenti alla classe, da avvocati e consulenti, da banche, società finanziarie e di assicurazione...), ha riscosso grande successo in Quebec mentre si è rivelato un fallimento in Ontario ⁽³⁵⁾ a causa delle diverse modalità operative e strutturali dei rispettivi sistemi di funzionamento. A parte la presenza di *requirements* più stringenti per la concessione dei finanziamenti (l'istante deve, tra l'altro, allegare un parere legale in merito alla fondatezza della *class action* e fornire puntuali informazioni su un numero rilevante di circostanze) e l'esiguità della dotazione economica iniziale del fondo (solo \$500.000! Un solo *cost order* avrebbe potuto esaurirla interamente), in Ontario si è pagato il prezzo di due scelte di politica legislativa (poi dimostrate inopportune), ossia la fissazione di una percentuale sul ricavato della lite in misura fissa ed elevata (10%) da corrispondersi al fondo in caso di esito positivo della controversia e la circostanza che la *levy* può essere riscossa solo nei confronti di quelle *class actions* che siano state finanziate dal fondo medesimo. In Quebec, la misura dell'imposizione oscilla da un minimo del 2% ad un massimo del 10% (ma nella prassi si sono applicate sempre aliquote basse) e vi sono assoggettati tutti i *class proceedings*. Peraltro, da un lato, il fondo può operare in modo meno gravoso perché le spese processuali da corrispondere sono più ristrette (solo i *nominal costs*), dall'altro, il sistema è più efficiente

stante la possibilità per il convenuto di fare richiesta diretta di pagamento al fondo (che può riservarsi la possibilità di agire in regresso verso il *representative plaintiff*).

La giurisprudenza canadese ha riconosciuto in più occasioni la necessità di creare incentivi che partecipino all'eliminazione degli ostacoli che possano impedire la realizzazione della finalità principale che ha animato le riforme processuali in materia di *class actions* migliorando l'accesso alla giustizia attraverso il riconoscimento della possibilità di effettuare aggregazioni di pretese seriali o che presentino questioni comuni.

Con questo spirito ha affrontato il problema degli accordi di *quota litis* che, mentre sono considerati leciti in British Columbia e in Quebec, sono, viceversa, tradizionalmente qualificati illeciti in Ontario. In quest'ultima provincia si è introdotta, all'interno della normativa generale in materia di *class actions* (la Section 33 del Class Proceeding Act 1992), una disposizione speciale che ha espressamente consentito queste pattuizioni nei *class proceedings*.

In tutte le province, comunque, i patti di quota lite non possono essere eseguiti se non previa approvazione del giudice.

Pur nel quadro di una liceizzazione piena dei patti di quota lite prevista a livello legislativo, la giurisprudenza canadese si è riservata un importante ruolo di controllo sulle pattuizioni relative agli onorari, chiarendo l'ammissibilità sia di patti del tipo « *no win no fee* » (il compenso è dovuto solo in caso di vittoria), anche in combinazione con metodi di uplift (aumento percentuale della tariffa ordinaria calcolato non in relazione al valore dei beni oggetto della controversia ma in riferimento alla stessa tariffa base, computata secondo il metodo del moltiplicatore ⁽³⁶⁾ - *multiplier fee* -, cui si aggiunge la c.d. *contingency fee*), sia di patti puri di *quota litis* pura (tariffa in percentuale al ricavato della lite), che dovranno comunque essere giustificati dal livello di rischio sopportato dall'avvocato unitamente al grado di successo o di risultato raggiunto ⁽³⁷⁾.

Australia

Tradizionalmente, nell'ordinamento giuridico australiano ⁽³⁸⁾, la c.d. *multi-party litigation* è stata per lungo tempo limitata allo strumento della *representative action* ⁽³⁹⁾ di *common law* che, di fatto, ha trovato una scarsissima applicazione a fronte dei consolidati orientamenti giurisprudenziali restrittivi sul *same interest* ⁽⁴⁰⁾. Pertanto, di recente, si sono implementati nuovi meccanismi processuali che rendono il sistema australiano, almeno sulla carta, il più liberale al mondo per la proposizione di *class actions* (c.d. *plaintiff-friendly*).

Al fine di migliorare l'accesso alla giustizia, ridurre i costi dei processi e promuovere l'efficienza nell'uso delle risorse delle corti, la procedibilità attraverso *class actions* (ivi denominate *representative proceedings* - per i giudizi presso le corti federali - e *group proceedings* - per quelli presso le corti dello Stato di Vittoria-) è stata consentita innanzi a tutte le corti federali nonché presso le corti statali dello Stato di Vittoria, rispettivamente dal Federal Court of Australia Amendment Act 1991, no. 181, par. 3 ⁽⁴¹⁾ e dal Supreme Court Rules 1999, ch. 1, am. 11 ⁽⁴²⁾, non ammessa, viceversa, nelle corti statali degli altri Stati che non hanno introdotto ancora una normativa *ad hoc* ⁽⁴³⁾.

I due atti normativi, impugnati presso l'High Court of Australia per pretesa incostituzionalità, hanno superato il vaglio della Suprema Corte australiana ⁽⁴⁴⁾ e riscosso un grande successo perché, introducendo un rilassamento dei requisiti rispetto al sistema statunitense ⁽⁴⁵⁾, favoriscono il ricorso alle *class actions* non richiedendo, tra l'altro, alcuna certificazione giudiziale della classe. In presenza dei requisiti stabiliti dalla legge (presenza di sette o più

persone contro un medesimo convenuto che facciano valere pretese originate da stesse, simili o connesse circostanze di fatto e diano luogo a rilevanti questioni comuni di fatto o di diritto), ciascun titolare della pretesa comune alla classe ha diritto di azionarla attraverso un *representative group proceeding*, incombendo, viceversa, sul convenuto l'onere di provare che la *class actions* sia frivola o oppressiva oppure che lo strumento processuale non sia il più efficiente a disposizione dell'attore per la tutela della situazione soggettiva vantata. L'attore, che deve essere in grado di rappresentare adeguatamente il gruppo, è obbligato a descrivere i contorni della classe, ma non ad identificare, nominare o indicare il numero dei componenti della stessa. Il giudice può, in ogni momento, modificare i tratti definitivi della classe, persino includendo ulteriori soggetti il cui diritto non era ancora sorto al tempo della proposizione della domanda.

Pur non essendo richiesto il consenso dei membri della classe rappresentata, agli stessi è riconosciuto il diritto di esercitare l'*opt-out* attraverso una comunicazione scritta indirizzata alla corte, che dovrà stabilire il termine entro cui far pervenire la manifestazione di volontà di dissociazione dalla procedura collettiva. La pronuncia sarà vincolante per tutti coloro che sono nella stessa descritti ed identificati come membri della classe e che non abbiano esercitato l'*opt-out right*. Per rendere effettivamente operante la possibilità di manifestare il proprio dissenso alla procedura collettiva, esercitando in modo informato l'*opt-out right*, è previsto che la classe sia destinataria di un avviso informativo circa l'esistenza della *class action* e del suo oggetto nonché delle eventuali forme di partecipazione disponibili. Al giudice è riconosciuta ampia discrezionalità nella scelta del mezzo e delle modalità di diffusione della comunicazione alla classe. In un caso recente⁽⁴⁶⁾, in particolare, accanto ai tradizionali annunci su quotidiani o pubblicità a mezzo radio e televisione, una corte federale, ha deciso di predisporre un apposito *website*, a spese dell'attore, per informare gli eventuali componenti della classe della proposizione di una *class action* risarcitoria per 750 milioni di dollari contro la società GIO nonché di fornire i dettagli precisi della pretesa attivata mettendo a disposizione i *pleadings*.

Anche in Australia, sistema tradizionalmente ancorato alla *english rule* in materia di spese processuali (*costs follow the event* ovvero regola della soccombenza), il legislatore e la giurisprudenza federali hanno avvertito gli stringenti problemi relativi, da un lato, alla necessaria riduzione degli ostacoli di ordine economico (che potrebbero sortire effetti negativi sull'effettiva utilizzazione delle *class actions*), dall'altro, all'importante inserimento di meccanismi di tipo deterrente volti a limitare l'insorgenza di quei fenomeni patologici gravemente manifestatisi negli Stati Uniti e/o di tipo incentivante che agevolino la promozione delle modalità processuali di gruppo.

In particolare, al fine di impedire che gli avvocati designino *men of straw* (uomini di paglia) come *representative party* (unico soggetto ad essere personalmente responsabile per il pagamento delle spese processuali sopportate dal convenuto, in quanto nessun carico è imposto agli assenti nei cui confronti si produrranno solo gli effetti sfavorevoli del giudicato salvo abbiano esercitato l'*opt-out*) per avventurarsi in azioni legali prive di fondamento (senza accollarsi alcun rischio), con intenti ricattatori volti al raggiungimento di transazioni milionarie, la giurisprudenza federale ha maturato una prassi tesa a chiedere garanzie per le spese processuali in capo all'attore in caso di soccombenza⁽⁴⁷⁾ e, nei casi più gravi, a fronte dell'incapienza dell'attore, all'esito (negativo) della lite, ha affermato la responsabilità civile

dell'avvocato per non aver accuratamente valutato prima dell'accettazione del mandato le prospettive di successo dell'azione collettiva (che già al tempo della proposizione della domanda si manifestava palesemente infondata⁽⁴⁸⁾).

In Australia, tradizionalmente, i patti di quota lite sono stati proibiti a livello penale, civile e deontologico (non sussistono azioni per l'adempimento). Il crimine di *champerty* punisce la stipulazione di accordi di *quota litis* in quanto contrari al pubblico interesse. Tuttavia, attraverso recenti riforme legislative, pur rimanendo l'illiceità dei *vericontingency fee agreements* (patti di quota lite), in cui la percentuale da corrispondere all'avvocato vittorioso è commisurata all'ammontare dei danni risarciti o al valore dei beni in contestazione, sono state liceizzate le pattuizioni del tipo *no win no fee* (se non vinci non sei pagato), anche in combinazione con meccanismi di *uplift o speculative fees* (l'avvocato in caso di vittoria, oltre alla tariffa ordinaria, ha diritto ad un supplemento di onorario computato anche in percentuale rispetto alla tariffa base). È stato, altresì, consentito il ricorso a forme di pubblicità delle *class actions* da parte degli avvocati.

Proprio una delle *class actions* più famose⁽⁴⁹⁾ è stata finanziata attraverso un *uplift fee agreement* in combinazione con una clausola *no win no fee* che, a seguito di rigorosi controlli e pur in assenza di un'espressa previsione normativa che riconosca ai giudici australiani poteri di approvazione degli accordi raggiunti nell'ambito di una *class action*⁽⁵⁰⁾ (in materia di onorari tra avvocati e difensore della classe), la corte australiana ha dichiarato *nonenforceable* (ineseguibile). Si è affermato che la mancanza di informativa nella *notice* alla classe in relazione ai dettagli delle pattuizioni di *uplift* (la cui misura era stata fissata al 25%) e l'omessa avvertenza circa le responsabilità relative alle spese processuali (che andavano ad incidere in misura notevole sull'ammontare del risarcimento ottenuto) sarebbero stati indici di una condotta sleale ed irragionevole che andava sanzionata rendendo non eseguibili le pattuizioni.

La giurisprudenza australiana ha, altresì, risolto in senso positivo la questione della liceità dei contratti di finanziamento della lite, da parte di soggetti terzi, con cui si pattuisca, in caso di vittoria il diritto del finanziatore, in cambio dell'assistenza prestata, ad una quota percentuale del ricavato della controversia in aggiunta alle spese sostenute e all'obbligo dello stesso di tenere indenne la *representative party* in caso di insuccesso⁽⁵¹⁾. In una *class action* proposta da alcuni investitori, che avevano stipulato un contratto di finanziamento con una società di *private litigation lending*, la *Insolvency Management Fund Limited (IMF Ltd.)*, in base al quale a detta società sarebbe spettato il 35% del ricavato della lite, il convenuto, ha richiesto la sospensione del giudizio eccependo che l'accordo relativo al finanziamento della lite avrebbe violato il divieto di *maintenance* e *champerty*⁽⁵²⁾. Il giudice, ricordando al convenuto che i casi di *maintenance* e *champerty* non costituiscono più reato nell'ordinamento australiano e che, sotto il profilo civilistico, potrebbero rilevare solo in presenza di un effettivo *abuse of process*, ha rigettato l'eccezione, affermando non provata la pretesa condotta di abuso processuale del terzo finanziatore. La pronuncia si dimostra pregevole sotto più profili. Innanzitutto, sancisce la liceità dell'attività delle società che svolgono attività di finanziamento delle controversie promuovendo l'iniziativa privata nel settore e consentendo, al contempo, al sistema pubblico di assistenza legale per i non abbienti, di tirare un sospiro di sollievo. D'altra parte, il giudice lancia anche un monito alle società di *private litigation lending* (finanziarie dell'attività contenziosa privata), precisando che l'attività di

finanziamento e le attività di indagine (sia quelle precedenti la concessione dello stesso sia quelle successive compiute in corso di causa), lungi dal manifestarsi in indebite interferenze nell'attività processuale (che, potendo essere sanzionate con la dichiarazione di improcebilità della controversia come *class action*, farebbero perdere alla società di finanziamento tutto quanto dalla stessa anticipato), non devono superare i limiti consentiti alla normale attività di un creditore.

Ciò non significa che l'attività di finanziamento debba essere svolta al buio, senza effettuare indagini sulla fondatezza della *class action* e sull'andamento e la gestione del processo da parte dell'avvocato e della *representative party*. In una recente pronuncia⁽⁵³⁾, difatti, la corte federale ha sostenuto che il finanziatore è direttamente responsabile nei confronti del convenuto, pur non essendo quest'ultimo parte del contratto di finanziamento né il finanziatore parte della lite.

Regno Unito

Anche in Europa, pur non riscontrandosi esperienze processuali analoghe a quelle statunitensi, si registra un crescente interesse verso le *class actions*, finalizzato alla predisposizione di efficaci strumenti giuridici processuali specificamente rivolti alla tutela in forma aggregata di situazioni controverse di natura seriale caratterizzate da questioni di fatto e di diritto simili o comuni⁽⁵⁴⁾.

Tra gli Stati europei, il primo a munirsi di una disciplina compiuta in materia, adeguando le proprie regole processuali alle peculiarità del contenzioso seriale, tipico delle moderne economie degli Stati industrializzati, è stato il Regno Unito con le riforme del 1998 (*Rule 19.6 del Civil Procedure Rules*) e del 2000 (*Rule 19.10-19.15 del Civil Procedure Rules*).

La prima (c.d. Woolf Reform) ha cercato di rivitalizzare la *representative suit* consentendo, a chiunque abbia, in una situazione controversa, il medesimo interesse (*same interest*) di altri, di poter esperire l'azione rappresentativa per conto di questi (pur se il giudice può vietare questa rappresentanza), caso in cui, salvo disposizione contraria della corte, il giudicato è vincolante per tutti i soggetti rappresentati. Nelle sue rinnovate vesti, lo strumento, pur essendo stato nella sua versione originaria il progenitore delle *class actions* americane, non ha riscosso gran successo nella prassi forense inglese.

Pertanto, nel maggio 2000, si è approvata una seconda e più rilevante riforma, quella relativa alla *group litigation* (GL) che consente al giudice, anche d'ufficio, di emettere un ordine (*GLO* o *Group Litigation Order*) che identifica, in presenza di questioni di fatto o di diritto comuni o connesse e di un numero rilevante di potenziali controversie, *illitigation group*, che dovrà essere sottoposto alla cognizione di un unico soggetto giudicante (*management court*)⁽⁵⁵⁾, presso cui viene costituito un registro (*group register*) in cui andranno inserite tutte le controversie relative al gruppo⁽⁵⁶⁾. La pronuncia sia positiva che negativa (in questo caso l'appello può essere concesso dal giudice) sarà automaticamente vincolante solo per quelle pretese che siano iscritte nel registro al tempo dell'adozione del provvedimento mentre il giudice conserva il potere di stabilire in quale misura sarà vincolante per quelle con data di iscrizione successiva (*Rule 19.12*).

Il meccanismo si presenta diverso dalle *class actions* statunitensi, in quanto, è più flessibile (non essendo necessarie né la sostanziale omogeneità delle pretese né la predominanza delle questioni collettive su quelle individuali⁽⁵⁷⁾) ed è fondato su un sistema di *opt-in*. Difatti, chi vuole assoggettarsi agli effetti della pronuncia resa per il gruppo, ove abbia i requisiti di

appartenenza allo stesso, è tenuto ad iscriversi nel registro, in mancanza, gli effetti della sentenza non gli si estenderanno. Tuttavia, a fronte di un ingresso libero, non si riscontra analogia libertà di uscita poiché la parte può chiedere di essere cancellata dal registro ma, ad ogni modo, la decisione spetterà al giudice che potrà altresì dare indicazioni in relazione alla gestione futura della controversia (Rule 19.14).

Né gli sforzi innovativi si sono arrestati! Recentemente, infatti, per colmare specifiche lacune del sistema inglese (allo stato, di fatto, il « *group* » si aggrega precipuamente attorno ad avvocati, in quanto l'attore rappresentativo deve comunque essere titolare della situazione soggettiva in contestazione, comune al gruppo), è stato proposto di estendere la legittimazione a chiedere *Group Litigation Orders* ai c.d. *representative bodies* (es. associazioni di consumatori o ambientaliste)⁽⁵⁸⁾ e alle *public enforcement authorities*⁽⁵⁹⁾, anche per facilitare l'esperimento di azioni risarcitorie rappresentative per conto dei consumatori danneggiati da violazioni del diritto della concorrenza (*Competition White Paper*⁽⁶⁰⁾).

Il legislatore inglese, tuttavia, con la glaciale ma lucida concretezza d'oltre Manica, consapevole che il mero miglioramento dello strumentario processuale, solo sulla carta, non avrebbe portato alcun beneficio alla tutela delle pretese collettive seriali in termini di accesso alla giustizia in un Paese tradizionalmente ancorato alla regola della soccombenza⁽⁶¹⁾ se non si fosse contemporaneamente messa mano ad una riforma in materia di spese processuali, ha varato la *Conditional Fee Agreement Regulation 2000* (CFAR 2000), che consente la realizzazione effettiva del diritto di ottenere un GLO anche per coloro che non possono sopportare il rischio di dover pagare le spese processuali del convenuto in caso di soccombenza. Consapevole, altresì, che il successo delle *class actions* negli Stati Uniti dipende, di fatto, anche dalla possibilità per gli avvocati di gestire in modo elastico il corrispettivo della propria opera professionale nonché di investire sull'esito della controversia collettiva (anticipando le spese processuali, stipulando patti di quota lite, pubblicizzando l'azione legale e sollecitando finanziamenti esterni), il legislatore, pur restando fedele al principio tradizionale del divieto di *champerty* (patto di quota lite), avendo di mira l'obiettivo incentivare e stimolare la promozione della *group litigation*, ha introdotto strumenti che si avvicinano alla normativa australiana relativa all' *uplift o speculative fee*.

Il nuovo sistema, non rinnegando la tradizionale avversione al patto di quota lite, si fonda sul contratto di *conditional fee* (tariffa condizionata), con cui si pattuisce che l'avvocato riceverà dal cliente, in caso di vittoria, accanto alla tariffa ordinaria (*basic fee*) calcolata in base alle ore lavorate moltiplicate per il tasso orario pattuito (secondo l'ordinario sistema inglese), una maggiorazione per il successo (*success fee o uplift*) mentre, nulla sarà dovuto, in caso di soccombenza (*no win no fee*). La *success fee* si concretizza in un compenso percentuale calcolato sulla tariffa ordinaria (in questo si differenzia dall'autentico patto di quota lite che prevede, viceversa, come termine di riferimento per il calcolo percentuale, la somma ottenuta a titolo di risarcimento del danno globalmente corrisposta alla classe), la cui misura, da concordarsi (ma mai superiore al 100% della tariffa base⁽⁶²⁾) dipende dal livello di rischiosità, dai tempi e dalle modalità della pattuizione⁽⁶³⁾ stessa.

Nella prassi, il *conditional fee agreement* è perfezionato dalle parti solo in presenza di una polizza assicurativa (*insurance policy*) che copra il rischio di pagamento delle spese processuali da parte dell'attore in favore del convenuto vittorioso (è possibile anche ottenere

la copertura assicurativa per il pagamento degli onorari dell'avvocato dell'attore soccombente, cosa non garantita dal *conditional fee agreement*). Il sistema è decollato anche grazie ad una recente normativa entrata in vigore dal 1° aprile 2000 che ha consentito ai giudici di adottare *costs orders* avverso la controparte della classe, sia per il pagamento degli onorari del *class counsel* che per quello del premio assicurativo, purché sia data notizia al convenuto dell'esistenza del *conditional fee agreement* e dell'*insurance policy* (non dell'ammontare degli onorari e del premio della polizza!). Il giudice, tuttavia, ha ampi poteri di quantificazione delle spese processuali e potrebbe concedere un recupero solo parziale della *success fee* e del premio assicurativo.

Gli strumenti delineati assicurano la promozione della *group litigation* (gli incentivi per gli avvocati consistono nella *success fee*, in caso di vittoria, e nella percezione dei minimi tariffari, in caso di soccombenza, ove sussista una polizza che preveda tale eventualità) nel quadro del miglioramento dell'accesso alla giustizia per coloro che non siano in grado di sopportare personalmente il rischio di dover corrispondere le spese processuali al convenuto in caso di soccombenza (stante il collegamento negoziale con l'*insurance policy*). Essi mirano, indirettamente, anche a raggiungere altri obiettivi garantendo un'accurata analisi, da parte dei soggetti interessati, circa la fondatezza delle pretese (a seguito di una valutazione negativa delle possibilità di successo della causa nessuna assicurazione stipulerà alcuna polizza, alcun cliente sopporterà il pagamento di pesanti premi, nessun avvocato sopporterà il rischio di non percepire onorari) e maggiori sforzi nella ricerca di soluzioni extragiudiziali, nonché acquisendo un'accresciuta consapevolezza circa i punti controversi da sottoporre a giudizio e potenziando, conseguentemente, l'efficienza e la velocità del processo stesso.

La risposta del legislatore alle statuizioni della Cassazione sulla questione dei rimborsi R.C.A. (Cass. n. 17475/2002)

Con le proposte di legge n. 3838 e 3839 anche in Italia si apre il dibattito legislativo relativo alle *class actions*, per la verità, già iniziato da tempo a livello dottrinale⁽⁶⁴⁾. Le recenti iniziative parlamentari sono volte a colmare, con l'inserimento di alcuni strumenti processuali che potrebbero essere considerati costituzionalmente necessari⁽⁶⁵⁾, talune lacune di tutela dei diritti presenti nel nostro sistema acuitizzate con le ineluttabili modifiche all'assetto delle relazioni economiche e sociali, tipiche del capitalismo moderno. Le proposte, in attuazione dell'*art. 24 Cost.*, aprono le porte delle aule giudiziarie alle c.d. *small claims*, permettendo l'accesso alla giustizia anche a pregiudizi di situazioni soggettive di ammontare inferiore ai costi processuali ed eliminando quelle «zone franche» per le fattispecie comportamentali integranti ipotesi di responsabilità contrattuale e extracontrattuale allo stato non ancora perseguibili. Oltre ad inverare «tutto quello e proprio quello» di chiovendiana memoria, gli strumenti proposti svolgerebbero, inoltre, anche un'irrinunciabile funzione di deterrenza, senza produrre sconvolgimenti a livello di diritto sostanziale, come l'introduzione di *punitive damages*, conformandosi alle opzioni di politica legislativa australiane e canadesi. Notevoli vantaggi potrebbero scorgersi anche sul piano della certezza del diritto e dell'efficienza nell'amministrazione della giustizia⁽⁶⁶⁾, eliminando l'eventualità di giudicati individuali contrastanti (che potrebbero risolversi nell'imporre alla controparte della classe comportamenti incompatibili), nonché in termini di economia processuale, per la possibilità di affidare ad un unico collegio giudicante la cognizione su una molteplicità di pretese seriali.

Le proposte costituiscono, tra l'altro, per espressa previsione delle relazioni illustrative, una risposta legislativa alla nota sentenza 9 dicembre 2002, n° 17475 con cui la Cassazione ha escluso la legittimazione dei consumatori a far valere pretese risarcitorie relative a danni ad essi cagionati da comportamenti anticoncorrenziali. La Suprema Corte, infatti, ha sostanzialmente distinto l'azione risarcitoria relativa ai rapporti tra imprese, per la quale è prevista dall'*art. 33 della legge 287/90* la competenza funzionale della corte d'appello, dall'azione risarcitoria spettante al consumatore, qualificata come «un'ordinaria azione di responsabilità soggetta agli ordinari criteri di competenza». L'affermazione si risolve in «una delle possibili interpretazioni del dato normativo» priva di riscontri comparativistici, anzi contrastante con l'esperienza statunitense cui, viceversa, la Corte si richiama («la pionieristica esperienza statunitense»). Sotto il profilo del diritto comunitario, tra l'altro, la Suprema Corte avrebbe potuto optare per una soluzione più accorta, sollevando, nella sua qualità di organo di ultimo grado, una questione pregiudiziale comunitaria. Sempre in riferimento alle esperienze di altri ordinamenti, il Supremo Consesso, ha trascurato di considerare i recenti orientamenti di politica legislativa volti ad estendere la legittimazione ad agire in via risarcitoria anche in forma collettiva, specie in materia antitrust, come testimonia l'esperienza inglese ⁽⁶⁷⁾.

La carenza di legittimazione del consumatore, inoltre, non viene neanche ricondotta dalla Corte nostrana alle difficoltà di provare il nesso di causalità né alla questione del valore (presuntivo?) dell'accertamento dei fatti contenuto nel provvedimento dell'AGCM, così come affermato e parzialmente modificato nelle successive pronunce del TAR Lazio e del Consiglio di Stato (difficoltà e problemi che si pongono, sia pure, forse, con graduazioni diverse, in entrambe le fattispecie di azione risarcitoria sia del concorrente che del consumatore). L'affermazione è, viceversa, giustificata da un'interpretazione delle finalità della normativa antitrust nazionale che, tuttavia, va precisato sin d'ora, non possono essere individuate in modo distaccato dall'esperienza comunitaria, specie alla luce delle innovazioni contenute nel *Regolamento 1/2003/CE del 16 dicembre 2002* che, prevedendo espressamente la necessità di concedere risarcimenti alle parti danneggiate da infrazioni antitrust (*recital 7*), ha imposto alla Commissione, alle Autorità e ai giudici nazionali di evitare orientamenti contrastanti nell'applicazione del diritto della concorrenza, nell'ottica di una sua armonizzazione, per consentire agli operatori economici di poter fare affidamento su un quadro giuridico certo e migliorare il mercato interno.

La pronuncia della Suprema Corte, quindi, va sostanzialmente ben oltre una mera statuizione sulla competenza, prendendo posizione su questioni di principio squisitamente inerenti le finalità della normativa nazionale antitrust che, nulla avrebbe innovato in tema di legittimazione rispetto alla normativa codicistica del 1942 in materia di concorrenza sleale, limitando il possibile ruolo dei consumatori alla sollecitazione dell'esercizio dei poteri pubblicistici dell'AGCM.

La Corte, viceversa, avrebbe dovuto (e potuto), specie al fine di non creare segmentazioni nazionali relative all'accesso alla giustizia nella materia dell'antitrust, avente natura spiccatamente sovranazionale, effettuare almeno un'indagine relativa all'esperienza statunitense che conosce due ambiti di applicazione (*enforcement*) del diritto della concorrenza, l'uno pubblicistico e l'altro privatistico ⁽⁶⁸⁾. In particolare, sul versante del *private enforcement*, efficientissimo strumento deterrente, le corti federali statunitensi

non hanno mai dubitato che la tutela del consumatore rientri nelle finalità del diritto antitrust⁽⁶⁹⁾ (anzi a tutela del consumatore sono espressamente previste le *parens patriae actions* da parte dei Procuratori degli Stati federali⁽⁷⁰⁾) e, in tema di legittimazione alla proposizione di azioni risarcitorie, hanno espressamente riconosciuto lo *standing to sue* (concetto addirittura più ampio della legittimazione nostrana) dei consumatori, anche in forma rappresentativa, purché sia data la prova delle circostanze stabilite nella pronuncia della Corte Suprema *Blue Shield v. McCready*⁽⁷¹⁾ e sussistano i requisiti richiesti dalla *indirect purchaser doctrine*⁽⁷²⁾, affermata per la prima volta nella celebre pronuncia *Illinois Brick*⁽⁷³⁾ (che, superata da discipline statali antitrust più favorevoli ai consumatori⁽⁷⁴⁾, è stata oggetto di proposte legislative federali⁽⁷⁵⁾ volte ad estendere la legittimazione all'azione risarcitoria anche gli acquirenti indiretti, c.d. *indirect purchasers*). Se la vicenda dei «rimborsi R.C.A» fosse stata sollevata innanzi ad una corte statunitense, magari attraverso una *class action*, probabilmente la legittimazione sarebbe stata riconosciuta ed affermata e il problema del nesso di causalità avrebbe trovato agevole soluzione attraverso prove statistiche⁽⁷⁶⁾. Ai fini della *indirect purchaser doctrine*, in particolare, è necessaria un'intermediazione di tipo «reale» di un anello della catena distributiva del prodotto (ad esempio un distributore che, peraltro, non deve essere controllato né dipendente economicamente dal produttore) e non ha alcuna rilevanza un'intermediazione di tipo contrattuale (quale potrebbe essere un contratto di assicurazione), né ha alcuna afferenza con la dottrina dell'acquirente indiretto il discorso della «nullità dei contratti a valle». Difatti, nel caso specifico, da un lato, i consumatori sono stati direttamente danneggiati dal comportamento anticoncorrenziale e, dall'altro, non si è trattato di una compravendita di un bene, bensì della prestazione di un servizio assicurativo direttamente al consumatore. A ciò si aggiunga come non si comprende quali possano essere stati, nel caso *de quo*, i soggetti danneggiati se non gli stessi consumatori, posto che i concorrenti delle imprese partecipanti alle intese avevano esse stesse preso parte alla pratica sanzionata ricevendo dalla medesima benefici e non pregiudizi, eccetto il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM!

Forse, la Corte avrebbe potuto, anche nell'ottica dell'indicata armonizzazione delle finalità antitrust⁽⁷⁷⁾, sollevare la pregiudiziale comunitaria alla Corte di Lussemburgo, al fine di chiarire se dagli artt. 81 e 82 del Trattato, aventi effetto orizzontale diretto nei rapporti interpretati, possa discendere un diritto al risarcimento (di natura comunitaria) in capo a consumatori direttamente danneggiati da comportamenti posti in essere in violazione del diritto comunitario. Eucleato un tale diritto e chiarito l'ambito delle finalità protettive, spetterebbe poi agli Stati membri predisporre, nel rispetto dei principi di eguaglianza e adeguatezza, gli strumenti processuali di tutela, tra cui le azioni risarcitorie anche in forma rappresentativa⁽⁷⁸⁾.

Le precisazioni fatte in merito alle finalità di protezione del diritto della concorrenza, pur allontanandosi dalla tematica centrale della presente indagine appaiono estremamente importanti, in quanto, anche ove le proposte fossero approvate, sembra che la neonata azione in forma rappresentativa, non guadagnando la natura di azione risarcitoria *antitrust*, debba mantenere lo *status* di «ordinaria azione di responsabilità», sempre ammesso che tra le due tipologie possa sussistere una qualche differenza ulteriore rispetto alla competenza funzionale della Corte d'appello (come, ad esempio, il beneficio nell'accertamento probatorio di cui godono le c.d. *follow on actions* statunitensi⁽⁷⁹⁾).

Prime riflessioni sulle proposte, suggerimenti e un disegno alternativo

Le proposte di legge n. 3838 e n. 3839, pur recando espressamente il riferimento all'azione di classe (3839) e all'azione di gruppo (3838), prevedono meccanismi che consentirebbero soltanto una parziale riconducibilità delle azioni di classe italiane al modello delle *class actions* statunitensi e agli altri rimedi introdotti dagli ordinamenti precedentemente passati in rassegna.

Innestando la nuova disciplina nel *corpus* della *legge 30 luglio 1998*, n. 281, esse attribuiscono la legittimazione ad agire per conto e nell'interesse della classe (o del gruppo) alle associazioni dei consumatori iscritte nell'elenco tenuto presso il Ministero delle Attività Produttive.

La proposta n. 3838 (azione di gruppo), tra l'altro, prevede la possibilità per le associazioni dei consumatori iscritte nel predetto elenco di proporre azioni risarcitorie e restitutorie «di gruppo», aventi ad oggetto somme di denaro (dovute direttamente ai singoli consumatori e agli utenti), derivanti dalla commissione da parte del professionista (nell'ambito dei rapporti giuridici nascenti da contratti conclusi secondo le modalità previste dal 1342 c.c.) di atti illeciti plurioffensivi (*mass torts*), di inadempimenti e violazioni dei diritti di una pluralità dei consumatori.

La proposta n. 3839 (azione di classe), invece, è più articolata. L'azione collettiva, di accertamento o di condanna, alla cui proposizione sono legittimate le associazioni di categoria iscritte nell'elenco ministeriale sarebbe diretta a conseguire una dichiarazione giudiziale relativa al diritto di una determinata categoria di consumatori e utenti, volta ad ottenere un'indennità o un risarcimento danni in conseguenza di atti o di comportamenti posti in essere nell'esecuzione o nell'adempimento di uno dei contratti di cui *all'art. 1342 c.c.* Il giudizio collettivo potrebbe chiudersi con una sentenza di condanna o con un'omologazione di un accordo transattivo raggiunto dalle associazioni con il professionista che dovrebbero indicare i requisiti di appartenenza alla categoria (la pronuncia costituisce titolo esecutivo nei confronti del comune contraddittore). All'esito del giudizio collettivo, l'iniziativa passerebbe ai singoli consumatori appartenenti alla classe cui viene riconosciuto il potere, da un lato, di impugnare la pronuncia solo in caso di dimostrazione «dell'iniquità nell'attuazione dei loro diritti», dall'altro (ove vogliono beneficiare degli effetti favorevoli della sentenza di condanna o del provvedimento di omologazione), di agire in contraddittorio, per l'accertamento dei requisiti individuati nel provvedimento «collettivo» e la determinazione del *quantum debeat*. È prevista l'esenzione dal pagamento del contributo unificato anche per i giudizi individuali che, secondo la relazione illustrativa, dovrebbero essere di competenza esclusiva del giudice di pace.

Tra le questioni che potrebbero profilare interessanti problemi interpretativi si segnala il regime del giudicato «collettivo» sfavorevole; il coordinamento del procedimento collettivo con eventuali contemporanei giudizi individuali (che restano ammissibili?) e/o con diversi giudizi collettivi promossi da varie associazioni in concorrenza; il concetto di iniquità; l'individuazione dello strumento tecnico di impugnazione (opposizione di terzo o appello della parte?), nonché il regime dei meccanismi conoscitivi degli atti del giudizio collettivo (che agevolerebbe l'esercizio dei previsti poteri di impugnazione e della successiva azione individuale).

Secondo le proposte, il nuovo strumento sarebbe vantaggioso solo per i consumatori e gli utenti in relazione ai contratti di massa mentre qualche vuoto di tutela potrebbe rimanere per le *small claims* non consumeristiche o non derivanti dagli stessi contratti di massa ⁽⁸⁰⁾ .

Forse, si potrebbe promuovere un regime maggiormente concorrenziale tra i «centri di aggregazione» con un intervento di riforma di più ampio respiro che, non limitato ad operare esclusivamente all'interno della politica dei consumatori, garantisca l'accesso alla giustizia per tutte le pretese potenzialmente azionabili in forma rappresentativa ⁽⁸¹⁾ . In questa direzione sembrano andare i lavori delle Commissioni studio nominate nei Paesi che stanno cercando di implementare meccanismi di protezione di classe ⁽⁸²⁾ .

Preliminarmente, si potrebbe non solo verificare la compatibilità delle *class actions* con i principi costituzionali ⁽⁸³⁾ ma anche predisporre incentivi volti a consentire un effettivo decollo delle azioni di classe, sempre che si voglia mettere da parte l'approccio della *representative suit* e della *group litigation* ⁽⁸⁴⁾ .

Ove si voglia optare per un modello di autentiche *class actions* si potrebbero definire i limiti soggettivi (*class actions* di attori o solo di convenuti? ⁽⁸⁵⁾) e oggettivi del rimedio tratteggiando l'ambito della «serialità» ⁽⁸⁶⁾ di quelle pretese idonee a sollevare questioni comuni di fatto o di diritto.

Si potrebbe, altresì, risolvere la questione della necessità della certificazione ⁽⁸⁷⁾ , sciogliere l'opzione tra il meccanismo di *opt-in* («classi deboli» ⁽⁸⁸⁾) e quello di *opt-out* («classi forti» ⁽⁸⁹⁾) sul presupposto dell'implementazione di un efficiente ed efficace sistema di *notices* ⁽⁹⁰⁾ senza tralasciare ulteriori e delicati problemi ⁽⁹¹⁾ .

L'introduzione in via legislativa delle *class actions* in Italia non implicherebbe automaticamente l'effettiva utilizzazione dello strumento la cui operatività, infatti, sarebbe comunque condizionata da una serie di fattori tra cui i canali di finanziamento.

L'esperienza degli altri Paesi dimostra che, pur non abbandonando i tradizionali principi della soccombenza e del divieto del patto di quota lite, è possibile introdurre meccanismi che legittimino strumenti di finanziamento di natura sia pubblica che privata.

Sul versante pubblicistico le alternative potrebbero essere costituite da fondi specificamente destinati al finanziamento delle *class actions* (Canada) oppure dal potenziamento dell'attuale sistema di assistenza per i non abbienti (Irlanda, Sud Africa, Regno Unito).

Sul versante del finanziamento privato, pur rimanendo fedeli ai principi della soccombenza e del divieto di *quota litis*, sarebbe necessario verificare alla luce degli attuali orientamenti giurisprudenziali in materia di patto di quota lite (*art. 2233 c.c.*), di condotte integranti il reato di patrocinio o consulenza infedele (*art. 380 c.p.*), nonché della *ratio legis* e degli interessi ivi protetti, l'ammissibilità di tecniche negoziali tra clienti ed avvocati sulla falsariga del « *no win no fee* », del « *conditional fee agreement* » (con polizza assicurativa) o dell'« *uplift/speculative fee* » ⁽⁹²⁾ .

Sarebbe, altresì, necessario valutare la presenza di norme di divieto (di natura civile, penale o deontologica) che possano precludere lo sviluppo di attività di assicurazione simili a quelle diffuse nel Regno Unito o di una tipologia di attività di finanziamento affine a quella svolta dalle *private litigation lending companies* australiane.

⁽¹⁾ Sul punto cfr. Marcin, *Searching for the origin of the class action*, 23 *Catholic U.L.R.* 1974, 515, nonché l'eccellente monografia di Yeazell, *From medieval group litigation to the modern class action*, New Haven, Connecticut, 1987. Per la dottrina italiana che, per prima, ha attentamente ricostruito le fasi storiche dell'evoluzione delle class actions, cfr. Giussani, *Studi sulle «class actions»*, Padova, 1996.

⁽²⁾ Nei casi più risalenti, la representative suit fu utilizzata per convenire in giudizio i soggetti più facoltosi di una medesima comunità contadina, al fine ottenere il pagamento delle tasse sulla produzione per tutti gli appartenenti alla classe - assenti-, nei confronti dei quali il giudicato intervenuto tra i primi estendeva i suoi effetti in relazione all'accertamento della debenza contenuto nella pronuncia (cfr. Giussani, *op. cit.*, 4).

⁽³⁾ I filoni di maturazione della giurisprudenza della Chancery Court in materia di representative suits sono quelli relativi ai bills of peace, alle joint-stock companies nonché ai creditor bills, legatee bills e vessel's cases (cfr. Giussani, *op. cit.*, 13-20). La storiografia delle class actions ritiene che la prima pronuncia in materia di allargamento dei limiti soggettivi del giudicato, anche sfavorevole, ai membri assenti del gruppo in presenza di un'adeguata rappresentanza sia *Brown v. Verdmuden*, 22 *Eng. Rep.* 796 (Ch. 1676).

⁽⁴⁾ Nel 1910, la l'Alta Corte di Giustizia inglese (caso *Markt & Co. Ltd. v. Knight Steamship Co. Ltd*, 2KB 1021, 1910) affermava l'improcedibilità delle domande risarcitorie in forma rappresentativa, in quanto ontologicamente carenti del requisito della contitolarità della situazione soggettiva azionata.

⁽⁵⁾ 42 U.S. 1vi, 1842. La riforma fu grandemente influenzata dalle opinions del giudice federale Joseph Story, che prestò servizio presso la Corte Suprema dal 1811 al 1844.

⁽⁶⁾ Cfr. *Smith v. Swarmstedt*, 57 U.S. 288, 1853 e *Supreme Tribe of Ben Hur v. Cauble*, 255 U.S. 356, 1921.

⁽⁷⁾ Le class actions si distinguono dalle public interest class actions. Nelle prime, chi agisce in rappresentanza della classe deve essere titolare di un interesse ed una pretesa propria che sollevi questioni di fatto o di diritto comuni agli altri membri della classe. Nelle seconde, chiunque può agire a tutela di un interesse pubblico a prescindere dall'esistenza di un proprio interesse personale (della sua azione beneficiano gli altri membri della collettività); qui l'azione solo indirettamente ed eventualmente protegge l'interesse proprio (che può anche mancare). Questa differenza teorica non è sempre chiara e percepibile nella pratica. In molte controversie in materia ambientale, aventi ad oggetto diritti civili o consumeristiche, pur venendo in considerazione una classe o un gruppo, sono presenti questioni talmente rilevanti ed importanti da far percepire le problematiche in contestazione come di interesse pubblico. Non dovrebbero essere confuse con le class actions le azioni con cui, ad esempio, associazioni ambientali o di consumatori proteggono i propri interessi, né quelle in cui le stesse associazioni agiscono in virtù di un mandato da parte degli associati, né quelle esperite in virtù di una legittimazione (straordinaria ex lege) rappresentativa degli interessi della classe.

⁽⁸⁾ Il sistema giudiziario statunitense si caratterizza per l'esistenza di una doppia giurisdizione federale e statale.

Il sistema delle corti federali, al cui vertice si trova la US Supreme Court, è organizzato in district courts (1° grado) e circuit courts of appeals.

Le corti di 1° grado sono organizzate per distretti (un Stato può averne anche più d'uno), che possono ricomprendere più contee (counties), secondo le previsioni del United States Code.

Esse hanno giurisdizione originaria: 1) su tutte le civil actions derivanti dalla Costituzione, dalle leggi e trattati degli United States; 2) su tutte le civil actions con diversity of citizenship di valore superiore a \$75.000 nonché 3) in specifici settori, tra cui il diritto antitrust. In tutti i casi di giurisdizione originaria le federal district courts hanno anche giurisdizione supplementare o accessoria.

Le corti di appello, organizzate per circuiti, solitamente comprensivi del territorio di più Stati, sono 11 con giurisdizione generale e 13 con giurisdizione specializzata in materia di intellectual property e administrative law. Esse hanno: 1) giurisdizione d'appello su tutte le decisioni finali delle district courts, salvo che esse siano direttamente impugnabili alla US Supreme Court; 2) giurisdizione d'appello su a) interlocutory orders delle district courts e sugli b) orders dichiarati appellabili dalle district courts, in quanto aventi ad oggetto questioni che possano ricevere soluzioni differenti; 3) giurisdizione esclusiva a) di appello sulle decisioni finali delle corti specializzate, b) di appello sugli atti delle agencies.

La Corte Suprema degli Stati Uniti, avente anche competenze di risoluzione di questioni di costituzionalità, ha 1) giurisdizione originaria («esclusiva» o «non esclusiva»), 2) di appello avverso provvedimenti delle circuit courts of appeals che concedano o neghino un'injunction fondata su un atto del Congresso; 3) di riesame generalizzato dei cases risolti dalla circuits courts of appeals, in base alla concessione di certiorari o mediante certification dello stesso giudice d'appello; 4) di riesame dei provvedimenti finali delle Supreme Courts dei vari Stati federali.

Accanto al sistema giudiziario federale ciascuno Stato ne ha predisposto uno proprio, che, tuttavia, assomiglia molto a quello federale, nella misura in cui è diviso in trial courts di 1° grado, intermediate appellate courts e Supreme court (esauriti tutti i gradi di giudizio, è previsto che la parte soccombente possa impugnare il provvedimento della Corte Suprema statale alla US Supreme Court per una final review sulle questioni di diritto federale). Le corti statali esercitano, tra l'altro, giurisdizione sui c.d. «mixed cases» che coinvolgono allo stesso tempo questioni di diritto federale e statale.

Nel sistema federale statunitense, pur valendo il principio generale che la regola è il potere statale mentre l'eccezione è quello federale, la ripartizione del potere legislativo tra Congresso degli Stati Uniti e Stati federali non è identica al riparto di giurisdizione tra corti federali e statali. Sul versante del potere legislativo, il X Emendamento della Costituzione federale stabilisce che i poteri non delegati dalla Costituzione agli Stati Uniti, né proibiti all'esercizio degli Stati dalla stessa, sono riservati agli Stati federati e al popolo: in caso di competenza federale esclusiva sussiste la c.d. pre-emption (prevalenza) delle leggi federali su quelle dei singoli Stati. Per la c.d. supremacy clause (Article VI Cost.) la Costituzione, le leggi e i trattati degli Stati Uniti costituiscono la normativa prevalente (supreme law of land) e tutti i giudici, in ogni Stato, sono vincolati a darne applicazione, preferendola alle Costituzioni e alle leggi degli Stati federati. Nel caso di competenza concorrente, vi sarebbe perfetta alternatività nella giurisdizione: tuttavia, ove una questione di diritto federale sia sollevata innanzi ad una corte statale, la decisione di questa può essere riformata da una corte federale. La fonte della giurisdizione federale è l'Article III (2) della Costituzione degli Stati Uniti, che la prevede solo nei casi in cui sussistano i c.d. federal standing requirements, come risultanti dalle implementazioni del Judiciary Act 1789, delle leggi del Congresso e delle interpretazioni della US Supreme Court.

⁽⁹⁾ Cfr. par. 2 (in fine).

⁽¹⁰⁾ Le lettere a) e b) della Rule 23 delle Federal Rules of Civil Procedure prevedono:

(a) Prerequisites to a Class Action.

One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if:

the class is so numerous that joinder of all members is impracticable,

there are questions of law or fact common to the class,

the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and

the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

(b) Class Actions Maintainable.

An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition:

(1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of

(A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class, or

(B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests; or

(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole; or

(3) the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matters pertinent to the findings include: (A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action.

⁽¹¹⁾ Non si tratta di un fenomeno di rappresentanza in senso tecnico. Il «rappresentante» della classe agisce per conto di tutti i membri assenti. E', inoltre, discusso se questi ultimi acquistino o meno la qualità di parte processuale.

⁽¹²⁾ Nel contenzioso relativo alle class actions il momento della certificazione riveste importanza cruciale. Paradossalmente, i convenuti (defendants) hanno combattuto, almeno prima della certificazione, «in favore degli assenti», nel senso che la giurisprudenza, riconoscendo la loro legittimazione a far valere la mancanza dei requisiti previsti dalla Rule 23 o l'inadeguatezza della rappresentanza del representative plaintiff (e del suo avvocato), ha consentito alla controparte della classe di svolgere un ruolo collaborativo di controllo. Nei fatti, la realtà è diversa perché il defendant, mentre prima della certificazione ha interesse a

negare la presenza di una classe eccependo mancanze procedurali «nell'interesse degli assenti» (in realtà nel proprio), subito dopo la certificazione e a ridosso del settlement fa valere un contrario ed opposto interesse ad allargare il più possibile i confini della classe, in modo tale che l'eventuale transazione possa produrre più ampi effetti preclusivi.

⁽¹³⁾ Secondo un orientamento (Giussani), ferme restando le classificazioni della Rule 23, le classi potrebbero essere sostanzialmente e trasversalmente categorizzate (in modo anche cumulativo): vi sarebbero classi olistiche (comprendono soggetti che non potrebbero ricevere tutela delle loro pretese se non attraverso l'azione rappresentativa, c.d. *individually unrecoverable claims*) contrapposte a classi discrete (tutte le altre); classi fluide (definite in modo che la loro composizione soggettiva possa mutare nel corso o anche dopo il giudizio, attraverso termini cronologicamente aperti: il periodo di appartenenza alla classe non si chiude con la certificazione ma si estende, sino ad una fase successiva alla conclusione del giudizio. Nelle *damages actions* la peculiare tecnica di distribuzione del risarcimento invalsa nella prassi giurisprudenziale, c.d. *fluid class recovery*, comporta che, con la parte di risarcimento non tempestivamente reclamata dai singoli *class members* si costituisca un *trust fund*, da utilizzarsi a beneficio della classe fluida sotto il controllo del giudice, che può modificare in ogni tempo le modalità di impiego del patrimonio a favore di coloro le cui pretese siano sorte prima che il *trust* divenisse attivo) contrapposte a classi stabili (tutte le altre); classi virtuali (comprendono soggetti non individuabili con certezza a priori, non per l'apertura cronologica del periodo di riferimento, ma per la mancanza di elementi di conoscenza rilevanti in ordine ai fatti: nel caso di esposizione a fattori lesivi determinanti un aumento del rischio di contrarre malattie soggette a prolungati periodi di latenza, ove non si posseggano le conoscenze necessarie per determinare quali fra i soggetti esposti contrarranno effettivamente i disturbi in futuro, si potrebbero utilizzare regole di approssimazione statistica per stabilire ragionevolmente i possibili soggetti danneggiati ed equitativamente l'ammontare complessivo dei danni. Sfidando l'eventualità di risarcire il mero rischio o, all'opposto, di compensare meno di quanto effettivamente danneggiato, si ricorre alla tecnica del fondo, cui i danneggiati futuri potranno rivolgere le proprie richieste) contrapposte a classi attuali (tutte le altre). Per approfondimenti cfr. Giussani, *Studi sulle «class actions»*, Padova, 1996, 251-283.

⁽¹⁴⁾ In base alla lettera f) della Rule 23, il giudice d'appello può ammettere l'impugnativa (da depositarsi entro 10 giorni) del provvedimento con cui il giudice di prime cure abbia rifiutato o autorizzato la certificazione. L'appello, viene solitamente ammesso nelle situazioni in cui è necessario provvedere con chiarezza sul carattere *mandatory* o meno della *class actions*, al fine di evitare pronunce di riforma dirompenti perché impositive di un *opt-out right*, escluso dai giudici inferiori. Il giudizio di appello non sospende il processo di primo grado, salvo diversa disposizione del giudice a quo o di quello ad quem.

⁽¹⁵⁾ Tra gli aspetti di maggior pregio, risultanti dagli orientamenti giurisprudenziali statunitensi in materia di *class actions* risarcitorie che, nel concreto, consentono la giustiziabilità in forma aggregata delle *small claims*, spicca il fenomeno della prova statistica del nesso di causalità (cfr. Giussani, *La prova statistica nelle «class actions»*, in *Riv. dir. proc.* 1989, 1029). Al fine di riequilibrare le posizioni delle parti occasionali con quelle di forza delle parti abituali nonché di temperare l'onere probatorio in presenza di fenomeni di causalità non *sussumibili* sotto leggi di natura scientifica dotate di certezza assoluta, la giurisprudenza statunitense, ha

ammesso che la riferibilità di una molteplicità dei danni-evento ad un comportamento o un'omissione della controparte della classe possa ritenersi provata in presenza di indagini statistiche, unitamente ad altri elementi presuntivi (pur se nel concreto alcuni eventi non sarebbero pienamente riconducibili al convenuto). In questo modo, la responsabilità del defendant può essere dimostrata rispetto alla classe (comprensiva solo di quei soggetti i cui danni-evento sono, secondo un accertamento causale statistico, riconducibili al comportamento o l'omissione del convenuto) ma non necessariamente rispetto a ciascun class member singolarmente considerato (il fatto generatore di responsabilità viene accertato «collettivamente» e la circostanza che non possa essere data una prova della causalità individuale per ciascun membro non comporta il rigetto della domanda collettiva).

⁽¹⁶⁾ Previsto dal 5° Emendamento nei confronti del governo e delle corti federali e dal 14° Emendamento nei confronti dei governi e le corti statali (No person shall be deprived of life, liberty, or property, without due process of law).

⁽¹⁷⁾ Cfr. Eisen v. Carlisle & Jaqueline, 417 U.S. 156 (1974) nonché Phillips Petroleum Co. v. Shutts, 472 U.S. 797 (1985).

Per raggiungere obiettivi di economia ed efficienza processuale in situazioni di proposizione di azioni federali, anche in forma rappresentativa, in diversi distretti nonché per predisporre strumenti disincentivanti al c.d. forum shopping, è stato istituito il Judicial Panel on Multidistrict Litigation (28 U.S.C.A., § 1407, 90 Stat. 296, 1968). Il Panel, composto da magistrati, ha il potere di ordinare, su istanza di parte o del giudice di merito oppure d'ufficio, la consolidation (riunione) di tutte le azioni connesse per l'identità delle questioni di fatto, presso un'unica corte federale. La consolidation è limitata alla fase pre-trial, attraverso la formazione di un unico collegio di difesa (steering committee) e la nomina di un unico delegato a rappresentarlo (lead counsel): al termine dell'istruttoria ciascuna azione consolidata (che può anche essere una class actions) è assoggettata al rinvio (remand) alla corte originariamente adita, pur se il diritto della parte di essere giudicata nella fase propriamente dibattimentale dal suo giudice «naturale», è, di fatto, svilito dall'esercizio da parte del giudice dei propri poteri di stimolo alla transazione, che, «minacciando larvamente» l'applicazione delle sanzioni previste dalla Rule 68 del Federal Code of Civil Procedure a carico della parte che rifiuta un'offerta formale di transazione non meno favorevole del provvedimento giurisdizionale successivamente ottenuto, riesce ad ottenere dalle parti una rinuncia al remand.

⁽¹⁸⁾ Nella prassi, comunque, la domanda inibitoria è considerata solitamente prevalente, salvo quando si tratti di azione artificiosa, proposta al solo fine di risparmiare l'aggravio delle spese di notice e impedire l'esercizio dell'opt-out. Tuttavia, se la domanda risarcitoria è di entità rilevante, si autorizzano due diverse class actions e si garantisce la possibilità di uscita con riferimento alla sola domanda risarcitoria (escludendo, quindi, che l'opt-out possa estendersi alla domanda inibitoria).

⁽¹⁹⁾ (d) Orders in Conduct of Actions.

In the conduct of actions to which this rule applies, the court may make appropriate orders: (1) determining the course of proceedings or prescribing measures to prevent undue repetition or complication in the presentation of evidence or argument; (2) requiring, for the protection of the members of the class or otherwise for the fair conduct of the action, that notice be given in such manner as the court may direct to some or all of the members of any

step in the action, or of the proposed extent of the judgment, or of the opportunity of members to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or otherwise to come into the action; (3) imposing conditions on the representative parties or on intervenors; (4) requiring that the pleadings be amended to eliminate therefrom allegations as to representation of absent persons, and that the action proceed accordingly; (5) dealing with similar procedural matters. The orders may be combined with an order under Rule 16, and may be altered or amended as may be desirable from time to time.

⁽²⁰⁾ Che affonda le sue radici nel caso *Arcambel v. Wiseman*, 3 U.S. 306 (1796).

⁽²¹⁾ H.R. 1115 e S. 274 del 12 giugno 2003.

⁽²²⁾ Soglie che sono state (e continueranno presumibilmente ad esserlo) oggetto di continui aggiustamenti nel corso dell'iter legislativo.

⁽²³⁾ Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, Book IX (introdotto sin dal 1978).

⁽²⁴⁾ Class Proceedings Act, S.O. 1992, c. 6. Un documento essenziale per lo studio delle class actions in Canada è il Report on Class Actions (1982) contenente le raccomandazioni della Ontario Law Reform Commission per l'implementazione dei class proceedings.

⁽²⁵⁾ Class Proceedings Act 1995, R.S.B.C. 1995, c. 21.

⁽²⁶⁾ Class Action Act, R.S.S. 2001, C-12.01.

⁽²⁷⁾ Class Action Act, S.N.L. 2001, c.-18.1.

⁽²⁸⁾ Alberta Law Reform Institute, Report on Class Action, no. 85 (dicembre 2000).

⁽²⁹⁾ Manitoba Law Reform Commission, Report on Class Proceedings, no. 100 (gennaio 1999).

⁽³⁰⁾ Approvato dalla Uniform Law Conference of Canada nel 1996.

⁽³¹⁾ La giurisprudenza delle corti canadesi è stata fino ad ora ferma nel ritenere che la certification non possa avere un ambito territoriale più esteso di quello nazionale (pur se potrebbe ammettersi che i non-residents possano eventualmente chiedere un'opt-int, come consente la Sec. 16 del British Columbia Class Proceeding Act): cfr. la pronuncia della Supreme Court of Canada nel caso *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 S.C.C. 46, [2001] 2 s.c.r. 534.

⁽³²⁾ Nonostante non vengano richieste, a differenza della US Rule 23, la certezza in relazione al numero e all'identità degli appartenenti alla classe, la predominanza delle questioni comuni su quelle individuali, la tipicità della pretesa (typical class action claim), la fase certificatoria si è comunque rivelata il vero campo di battaglia. I convenuti hanno combattuto strenuamente per evitarla e, talvolta, hanno avuto successo. I giudici, tuttavia, hanno, in taluni casi, negato la concessione delle certificazioni facendo riferimento, in modo poco trasparente, a ragioni non previste dal testo normativo (ad esempio, etichettando semplicisticamente come «cattive» alcune azioni di classe - c.d. «bad class actions», pur nell'assenza di ogni concetto normativo e di qualsivoglia motivazione). Tale orientamento, duramente criticato in dottrina, è stato affermato in non pochi precedenti giurisprudenziali (*Abdool v. Aneheim Management Ltd.* [1995] 21 O.R. (ed) 453 (Div. Ct.)(Can) - nel caso di un'azione collettiva proposta dai membri di un condominio-; *Tub v. Manufacturers Life Ins. Co.* [1998] 40 O.R. (3d) 379 (Ont. Gen. Div.)(Can.) - caso di muffa tossica in un bagno di un complesso di appartamenti: certificazione rifiutata perché l'attore, danneggiato, avrebbe dovuto dimostrare il pregiudizio di almeno un'altra persona-; *Hollick v. Toronto* [1999] 46 O.R. (3d) 257 (C.A.)(Can.)).

⁽³³⁾ Per la prima pronuncia occupatasi dell'ambito della res iudicata delle pronunce emesse all'esito di class proceedings cfr. *Allan v. CICB Trust Corp.* [1998] 39 O.R. (3d) 675 (Gen. Div.)(Can.). In considerazione della previsione espressa della Section 27(3) dell'Ontario Class Proceedings Act (cfr. anche le equivalenti disposizioni del British Columbia Class Proceedings Act e del Quebec Code of Civil Procedure) il giudice ha affermato che il giudicato, che normalmente copre il dedotto e deducibile (the claim preclusion applies not only to matters that were actually litigated but also to matters which could and should have been litigated), opera in modo più ristretto per i class proceedings: in tale ambito il giudicato scenderebbe solo sulle questioni comuni identificate nel certification order e non su quegli aspetti, pur se relativi alla questioni comuni, che non sono ivi indicati; per essi non sussisterebbe alcuna preclusione in successive azioni individuali.

⁽³⁴⁾ Nella prassi, spesso, la regola della soccombenza è più apparente che reale, perché, da un lato, il giudice gode di ampia discrezionalità in materia e, dall'altro, ove si transiga la lite, il settlement risolve a monte il problema, contenendo solitamente statuizioni sulle spese processuali e gli onorari.

⁽³⁵⁾ Al punto che si è pensato di sopprimerlo e accantonare la regola del fee shifting per i class proceedings, come avvenuto in British Columbia. Fino all'aprile 2001, solo 6 su 22 richieste avevano ricevuto il sostegno del fondo (la freddezza dei representative plaintiffs è evidentemente percepibile ove si confronti la situazione con quella registrata in Quebec nel 1999: il 79% delle 955 istanze di concessione di finanziamento presentate al fondo aveva ricevuto accoglimento, per una quota del 66% delle class actions proposte in Quebec).

⁽³⁶⁾ Pur se la legislazione dell'Ontario prevede espressamente solo il multiplier approach nella determinazione degli onorari dell'avvocato della representative party, in *Nantais v. Telectronics Proprietary (Canada) Ltd.* [1996] 134 D.L.R. (4th) 47 (Ont. Gen. Div.)(Can.) la Corte ha ritenuto che le Sections 32 e 33 dell'Ontario Class Proceedings Act 1992 non precludessero pattuizioni di contingency fee. La pattuibilità della quota litis è stata, viceversa, espressamente prevista dalla Section 38 del British Columbia Class Proceedings Act 1995, che, peraltro, non fa alcun riferimento al multiplier test (cfr. *Gagne v. Silcorp Ltd.* [1998] 41 O.R. (3d) 416 (C.A.)(Can.) nonché *Endean v. Canadian Red Cross*, [2000] B.C.J. no. 1254 (B.C.S.C.)) e dall'Article 1035 del Quebec Code of Civil Procedure. Nella prassi canadese, tuttavia, i giudici non hanno, fino ad ora, approvato, specie nelle controversie riserchitorie antitrust (che hanno dato luogo negli Stati Uniti alle fees più alte mai pagate al mondo), onorari percentuali superiori al 4% (si pensi al confronto con la media americana del range 20-40%!).

⁽³⁷⁾ *Parsons v. Canadian Red Cross Soc'y*, [2001] 46 C.P.C. (4th) 236 (Ont. Superior Ct.).

⁽³⁸⁾ Si ricordi che l'Australia è una federazione composta da sei Stati e due self-governing territories, il cui ordinamento giuridico affonda le sue radici nella common law inglese (le decisioni della House of Lords e delle corti inglesi hanno forza persuasiva per i giudici australiani, che, tuttavia, di recente, si sono rivolte anche alla giurisprudenza delle corti statunitensi e canadesi). Sono presenti, come nel sistema statunitense, sia corti federali che statali; al vertice del sistema giudiziario siede l'High Court of Australia, che dirime anche le controversie costituzionali (come la Corte Suprema degli Stati Uniti).

⁽³⁹⁾ Le Federal Court Rules del 1979, Or. 6.13 (1) prevedevano la possibilità di ricorrere allo strumento dell'azione rappresentativa solo in presenza di più persone aventi il medesimo interesse (same interest).

⁽⁴⁰⁾ La giurisprudenza australiana (seguendo gli insegnamenti delle corti inglesi in materia di representative suit, cfr. nota 4), già in casi risalenti (*Markt & Co. Ltd. v. Knight Steamship Co. Ltd.*, 2K.B. 1021 (Eng. C.A. 1910)), aveva negato la procedibilità attraverso azione rappresentativa delle pretese di natura risarcitoria sostenendo che, in dette circostanze, i diritti di ciascun danneggiato avrebbero richiesto accertamenti individuali. Solo di recente, temperando le tradizionali posizioni estreme, si è ammessa la procedibilità di azioni risarcitorie in forma rappresentative ove sia processualmente più semplice e conveniente determinare una liquidazione globale per la classe che accertare i diritti di ciascun danneggiato (*EMI Records Ltd. v. Riley*, 2 Eng. Rep. 838 (Eng. C.A., 1981)).

⁽⁴¹⁾ Il Federal Court of Australia Amendment Act 1991, no. 181, Sec. 3 (Cth.) ha inserito nel corpo del Federal Court of Australia Act del 1976 (Cth.) la Part IV A in materia di representative proceedings.

⁽⁴²⁾ Le Supreme Court Rules 1999, ch. 1, am. 11 (Vict.) hanno inserito all'interno del corpo delle Victorian Supreme Court (General Civil Procedure) Rules del 1996 l'Or. 18 A in materia di group proceedings. In realtà, nello Stato di Vittoria, già nel 1986 era stata varata una riforma che aveva consentito l'utilizzabilità delle class actions attraverso un sistema di opt-in che, tuttavia, non era decollato per la vaghezza del disposto normativo che prevedeva un eccessivo ricorso a poteri discrezionali del giudice. Persino l'Australian Law Reform Commission (ALRC), nel suo Report no. 46 (¶¶5, 40-45), *Grouped Proceedings in the Federal Court*, criticò il nuovo strumento processuale mentre la Victorian Court of Appeal fu ancora più dura sostenendo che la nuova procedura «solleva un numero rilevante di quasi insolubili problemi di costruzione dello strumento, trasformando coloro a cui favore è stato introdotto in sue vittime» (*Zentahope Pty. Ltd. v. Bellotti*, BC 9203164 (1992)(Vict.), punto 12 (Brooking, J.)).

⁽⁴³⁾ Nel 1992 sono state varati altri due importanti atti normativi che hanno introdotto nell'interno del Trade Practice Act le Sections 75AQ e 87(1B), che, rispettivamente attribuiscono all'Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) un'autonoma legittimazione ad esperire azioni rappresentative per conto di soggetti danneggiati da pratiche poste in essere in violazione delle Parts VA, IV e V del Trade Practice Act.

⁽⁴⁴⁾ La prima, nel caso *Femcare Ltd. v. Bright* (2000) 172 A.L.R. 713 (Austl.), la seconda in *Pty. Ltd. v. Mobil Oil Austl. Ltd.* (2000) V.S.C.A. 103 (Vict.).

⁽⁴⁵⁾ Unitamente all'assenza di un provvedimento di certificazione non sono richiesti dalla normativa australiana: 1) la necessaria pluralità delle questioni di fatto e diritto comuni (potendo bastare anche una sola questione); 2) la circostanza che la pretesa fatta valere sia tipica della classe (typicality); 3) la predominanza delle questioni comuni su quelle individuali (predominance).

E', altresì, espressamente consentito, a differenza della normativa e della prassi giudiziale statunitense, che il giudice possa trattare e risolvere, in sede di class action, anche le questioni di natura individuale: ciò al fine di non precludere la procedibilità della class action nel caso in cui le circostanze fattuali a fondamento della pretesa collettiva possano essere meglio risolte a livello individuale (in molte controversie risarcitorie contro produttori farmaceutici o di apparecchiature mediche composte da una massa di pretese individuali con questioni comuni, la giurisprudenza americana ha, per quanto motivo, negato la procedibilità in forma di class action).

⁽⁴⁶⁾ King v. GIO Australia Holding Ltd. (2000) F.C.A. 1869 20-22 (Austl.).

⁽⁴⁷⁾ Si tratta dei c.d. orders for security for costs con cui il giudice richiede alla representative party di depositare in cancelleria somme di denaro o, alternativamente, di prestare forme di garanzie che equivalgano alle possibili spese processuali da pagarsi in caso di soccombenza. La conseguenza, in caso di mancata prestazione di garanzie o di omesso deposito, non è l'improponibilità dell'azione (che prosegue in forma individuale) ma il più limitato effetto di improceibilità come class action. Si tratta di un orientamento che non si pone in contrasto con quanto affermato dalla Corte costituzionale in materia di cautio pro expensis nel 1960 (in quanto la conseguenza del mancato pagamento non è l'improponibilità in assoluto della domanda ma, più limitatamente, l'improcedibilità in forma rappresentativa: l'azione resta proponibile in forma individuale).

La giurisprudenza federale, mentre in un primo tempo non ha concesso orders for security for costs (Ryan v. Great Lakes Council (1998) 154 A.L.R. 584 (Austl.) (Wilcox, J.)), ha, di recente, mutato indirizzo, accogliendo le richieste dei convenuti in presenza di motivate ragioni (Tobacco Control Coalition inc. v. Philip Morris (Austl.) Ltd. (2000) F.C.A. 1404 (Austl.)).

⁽⁴⁸⁾ In Cook v. Pasminco Ltd. II (2000) F.C.A. 1819 (Austl.) la corte federale ha stabilito che un convenuto vittorioso ha diritto di recuperare le proprie spese processuali direttamente dall'avvocato dell'attore, nel caso in cui si accerti che la class action sia stata proposta senza la dovuta valutazione delle possibilità di successo. La pronuncia costituisce un palese avvertimento che coloro che svolgono funzioni procuratorie per la classe non dovrebbero accettare mandati per class actions che siano palesemente ostili e prive di fondamento.

⁽⁴⁹⁾ Johnson Tiles Pty Ltd. v. Esso Australia Ltd. (1999) FCA, 1363.

⁽⁵⁰⁾ La corte australiana ha fatto uso del generale potere di review riconosciuto dalla Section 23 del Federal Court Act 1976, che consente ai giudici di verificare la lealtà e ragionevolezza delle pattuizioni sugli onorari convenute tra cliente ed avvocato.

Recentemente la Australian Law Reform Commission ha raccomandato di approvare una disciplina che introduca un potere di approvazione delle predette pattuizioni, al fine di poter verificare l'adeguatezza della rappresentanza e la ragionevolezza degli onorari concordati (Report on Managing Justice: A Review of the federal Civil Justice System (ALRC 89-2000) paragrafi 7.87-7.128).

⁽⁵¹⁾ Treacy v. Rylestone Pty. Ltd. (2002) W.A.S.C. 178.

⁽⁵²⁾ I fatti di maintenance e champerty erano puniti nel sistema australiano sia a livello penale che civile; ora sono stati depenalizzati e hanno perso rilevanza a fini civilisti, salvo il potere del giudice di non far procedere l'azione in caso di accertamento di fatti di abuse of process da parte dei terzi finanziatori. Il crimine di maintenance ricorre quando un terzo presta assistenza finanziaria ad una delle parti affinché possa promuovere, continuare o resistere ad un'azione in giudizio. Quello di champerty, rientrando nel genus dei fatti di maintenance, identifica più specificamente il patto di quota lite in senso tecnico, in cui all'assistenza finanziaria corrisponde la promessa di un corrispettivo proporzionato al valore dell'oggetto della lite.

⁽⁵³⁾ Gore (trading as Clayton Utz) v. Justice Corp. Pty. Ltd. (2002) F.C.A. 354.

⁽⁵⁴⁾ Pur se prevedono strumenti processuali che solo lontanamente assomigliano alle class actions statunitensi o alle esperienze straniere passate in rassegna, vanno menzionate, per completezza, la Legge in materia di azioni di gruppo del 1° maggio 1994 dei Paesi Bassi, la

Legge 83/95 in materia di azioni popolari del 31 agosto 1995 del Portogallo, il Codice di Procedura Civile spagnolo del 10 gennaio 2000. Proposte, che prevedono strumenti processuali più simili alle class actions statunitensi, sono state presentate in Norvegia, Svezia e Irlanda.

Per una panoramica della situazione esistente in America Latina e, in particolare, in Brasile cfr. Pellegrini Grinover, *Le azioni collettive ibero-americane: nuove questioni sulla legittimazione e la cosa giudicata*, in Riv. dir. proc. civ. 2003, 10-26 nonché Id., *Dalla class action for damages all'azione di classe brasiliana (i requisiti di ammissibilità)*, in Riv. dir. proc. civ., 2000, 1068-1086.

⁽⁵⁵⁾ Il GLO, da comunicarsi alla Law Society e alla Royal Court of Justice, accanto al descritto contenuto obbligatorio può, altresì, presentarne uno facoltativo (la sospensione o il trasferimento presso la management court delle controversie che presentino una o più questioni comuni a quelle identificate nel GLO).

Nessun GLO può essere emesso senza il consenso del Lord Chief Justice (in caso di procedimento innanzi alla Chancery Division) o del Vice-Chancellor (in caso di procedimento presso le county courts).

⁽⁵⁶⁾ Nel registro, che è normalmente tenuto presso il giudice (è ammessa altresì una delega ad un'avvocato), andranno inseriti tutti i dettagli delle controversie che la corte ritiene opportuni. Al fine di far circolare le informazioni tra coloro che siano parti nelle controversie iscritte nel registro, è possibile richiedere documenti relativi alle altre cause e avere accesso ai dati contenuti nel registro.

⁽⁵⁷⁾ E' sufficiente la mera presenza della comunanza (o connessione) di questioni di fatto o di diritto («claims which give rise to common or related issues of fact or law»).

⁽⁵⁸⁾ Con il menzionato documento di consultazione (Representative Claims: proposed new procedures), scaricabile dal sito www.open.gov.uk, si introdurrebbe una legittimazione iure proprio dei representative bodies alla proposizione di azioni inibitorie - anche al di là di quelle obbligatorie per diritto comunitario - nonché di azioni risarcitorie per conto di soggetti identificati (sindacato che agisce per i suoi iscritti), meramente identificabili (tutti gli acquirenti di un prodotto o di un servizio che hanno subito un'illegittima maggiorazione) o non identificabili (al fine di promuovere un test case per conto di «tutti i consumatori»).

⁽⁵⁹⁾ Che possono avere una natura giuridica pubblicistica (come le nostre autorità amministrative indipendenti) o privatistica (alle c.d. SROs - Self-Regulatory Organizations-, massicciamente presenti nei sistemi di common law, sono attribuiti rilevanti poteri di regolazione e vigilanza).

⁽⁶⁰⁾ Scaricabile dal sito www.dti.gov.uk (sezione «consultation papers»).

⁽⁶¹⁾ In conformità alla c.d. english rule.

⁽⁶²⁾ La Law Society raccomanda, altresì, che essa non debba superare il 25% del risarcimento dei danni ricevuti dal cliente.

⁽⁶³⁾ Il giudice ha ampi poteri di controllo sulla misura e condizioni delle pattuizioni relative al compenso del difensore e può ridurre l'ammontare contrattualmente dovuto su istanza del cliente o della parte richiesta di pagare (per esempio una società di assicurazione).

⁽⁶⁴⁾ Consolo, *Class actions fuori dagli USA? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in Riv. dir. civ., 1993, I, 609; Dondi, *Funzione «remedial» delle «injunctive class actions»*, in Riv. trim. dir.

proc. civ., 1988, 245; Giussani, Le mass tort class actions negli Stati Uniti, in Riv. crit. dir. priv., 1988, 331; Id., Un libro sulla storia della «class action», ivi, 1989, 171; Id., La prova statistica nelle «class actions», in Riv. dir. proc. 1989, 1029; Id., Studi sulle «class actions», Padova, 1996; Patti, L'esperienza delle «class actions» in due libri recenti, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1979, 1559; Ponzanelli, «Class action», tutela dei fumatori e circolazione dei modelli giuridici, in Foro it., 1995, IV, 305; Rescigno, Sulla compatibilità tra il modello processuale delle class actions ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, in Giur. it., 2000, 2224; cfr. Fava, La praticabilità delle class actions in Italia per illegittimo collocamento: la responsabilità civile degli emittenti, degli intermediari e delle società di revisione, dattiloscritto dell'intervento del 27 giugno 2003 tenuto presso la European School of Economics nell'ambito del master in diritto della responsabilità civile; Scuffi, Azione collettiva in difesa dei consumatori: legittimazione e tecniche processuali, in Il giudice di pace, 1998, 317; Taruffo, I limiti soggettivi del giudicato e le «class actions», in Riv. dir. proc., 1969, 609; Id., «Collateral estoppel» e giudicato sulle questioni (I), ivi, 1971, 651; Id., «Collateral estoppel» e giudicato sulle questioni (II), ivi, 1972, 272.

⁽⁶⁵⁾ Secondo parte della dottrina (Rescigno, op.cit.) per introdurre le class actions in Italia non sarebbe sufficiente un intervento del legislatore ordinario perché il meccanismo processuale sarebbe incompatibile con i principi fondamentali del nostro ordinamento. La tesi, pur se autorevole, potrebbe essere rivisitata. In primo luogo i principi indicati potrebbero non essere qualificati fondamentali bensì meramente tradizionali. La tradizione processualciviltica li aggancia *all'art. 24 Cost.*, che, in realtà, non proibisce espressamente strumenti quali le class actions. Tuttavia, non possono nascondersi le difficoltà di un ripensamento dell'art. 24 (oggi in combinazione con il 111) che assicuri le garanzie del due process attraverso strumenti quali l'adeguatezza dell'attore rappresentativo, la certificazione (o meccanismi di legittimazione ex lege), le comunicazioni alla classe, il diritto di esclusione e così via. Peraltro, non esiste un modello processuale valido in assoluto per tutti i momenti storici. L'unica certezza è che il processo deve attribuire alla parte vittoriosa «tutto quello e proprio quello» che le è riconosciuto dal diritto sostanziale. A fronte dell'evoluzione di rapporti economico-sociali sembra che le concezioni tradizionali «quadrate» siano obbligate ad un maggiore riflessione verso strumenti quali le class actions che consentirebbero di tutelare situazioni giuridiche soggettive che allo stato non sono portate innanzi al giudice per gli elevati costi (small claims) o che lo sarebbero in modo inefficiente e potenzialmente contraddittorio.

⁽⁶⁶⁾ Il valore dell'efficienza, la cui rilevanza è già stata affermata dalla Corte costituzionale (si considerino le pronunce in tema di patteggiamento, sebbene si ponga in contrasto con il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale), potrebbe essere rivalutato, acquisendo copertura costituzionale, da interpretazioni evolutive *dell'art. 111 Cost.* (un processo inefficiente non sarebbe un giusto processo).

⁽⁶⁷⁾ Cfr. nota 58. La sentenza n. 17475/2002 è pubblicata in questa Rivista, 2003, 3, 339 con nota di Nasti. Cfr. anche Negri, Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore (la Cassazione non dilegua i dubbi nella vicenda RC auto), ivi, 2003, 6, 747.

⁽⁶⁸⁾ Il sistema statunitense prevede un public enforcement (attuazione pubblica) del diritto antitrust, che è anche dual (doppio) in quanto esercitato in via concorrente dalla Federal Trade Commission e dall'Antitrust Division del Department of Justice, accanto ad un private enforcement (attuazione privata).

Sul versante dell'attuazione pubblica, le due agenzie governative agiscono come un pubblico ministero istruendo il caso e all'esito delle indagini possono decidere di archiviare, proporre l'azione civile federale innanzi alle corti federali (per l'azione penale è competente esclusivamente l'Antitrust Division) oppure di giungere ad un settlement (transazione) mediante consent decree: in quest'ultima ipotesi il consent decree deve essere sottoposto al vaglio di tutti i soggetti interessati, inclusi i consumatori ed i concorrenti, che sono legittimati a presentare le proprie osservazioni in relazione all'effettivo perseguimento dell'interesse pubblico da parte del settlement (in particolar modo in merito alla promozione della concorrenza).

Sul versante del private enforcement (attuazione privata), le Sections 4 e 16 del Clayton Act consentono, ad ogni persona che abbia sofferto pregiudizio in ragione di un comportamento tenuto in violazione della normativa antitrust, di ottenere rispettivamente il risarcimento dei danni punitivi (treble damages) e provvedimenti inibitori (injunctive relief). In realtà, gli orientamenti della giurisprudenza delle corti federali statunitensi pur se restrittivi rispetto all'ampia dizione legislativa («chiunque»), non hanno impedito di affermare la legittimazione ad agire (standing to sue) dei consumatori, anche in casi di azione collettiva (cfr. *Goldwasser v. Ameritech Corp.*, 222 F.3d 390, 398 (7th Cir., 2000); *In Re Warfarin Sodium Antitrust Litigation*, 214 F.3d 395, 399-400 (3d Cir., 2000)).

La Section 5a dello Sherman Act, introdotta dalla Section 5 del Clayton Act, stabilisce, a certe condizioni, un collegamento tra public e private enforcement: una sentenza o un decreto resi all'esito di un giudizio amministrativo o penale intentato dal Governo degli Stati Uniti, che accertino violazioni antitrust, costituisce prima facie prova di responsabilità nell'ambito di ogni successivo giudizio risarcitorio intentato da un privato contro il responsabile della violazione, c.d. follow on actions.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. *Ehredt Underground, Inc. v. Commonwealth Edison Co.*, 90 F.3d 238, (7th Cir., 1996) («Over and over, we stress that antitrust is designed to protect consumers from producers...»), ripetutamente continuiamo a mettere in evidenza che la normativa antitrust è finalizzata a proteggere i consumatori...); *Associated General Contractors of California, Inc. v. California State Council Carpenters*, 459 U.S. 519 (Supreme Court, 1983), in cui viene negata la legittimazione di un sindacato in quanto «the plaintiff union was neither a consumer nor a competitor in the market in which trade was restrained» (il sindacato attore non era né un consumatore né un concorrente nel mercato in cui il commercio era stato ristretto); *American Ad Management, Inc. v. General Telephone Co. of California*, 190 F.3d 1051, 1057 (9th Cir. 1999), in cui sia ammette la legittimazione attiva di soggetti diversi dai consumatori e concorrenti, definiti come coloro che solitamente soffrono pregiudizio delle violazioni antitrust («while consumers and competitors are most likely to suffer antitrust injury, there are situations in which other market participants can suffer antitrust injury»).

⁽⁷⁰⁾ La normativa federale (Section 4C del Clayton Act) prevede, accanto agli strumenti di carattere generale (damages e injunctions), uno specifico strumento di tutela azionabile dai Procuratori degli Stati federali, che possono esperire class actions risarcitorie finalizzate ad ottenere i treble damages (in qualità di parens patriae), per conto dei consumatori acquirenti diretti dei beni o dei servizi oggetto della pratica anticoncorrenziale. I consumatori inclusi nella classe sono vincolati al giudicato a meno che non abbiano esercitato la facoltà di uscita (opt-out right). La menzionata Section 4C si pone come complementare alla pronuncia della

Suprema Corte che aveva riconosciuto il potere dei Procuratori Statali di esercitare injunctive parens patriae actions (Georgia v. Pennsylvania R.R. Co., 324 U.S. 439 (1945), accolta favorevolmente dalle corti federali: cfr. Goodyear Tire & Rubber Co., 554 F.2d 633 (4th Cir. 1977); In re Petroleum Products Antitrust Litigation, 497 F. Supp. 218 (C.D. Cal. 1980)); per di più essa ha superato la pronuncia della Suprema Corte che aveva negato la possibilità di richiedere i treble damages nelle parens patriae actions (Hawaii v. Standard Oil Co. of California, 405 U.S. 251 (1972)).

⁽⁷¹⁾ Nel caso Blue Shield of Virginia v. McCready (457 U.S. 465, 102 S. Ct. 2540, 73 L. Ed. 2d 149 (1982)), la Corte Suprema degli Stati Uniti ha affermato lo standing to sue dei consumatori (negata dalla corte federale d'appello e dal giudice di prime cure), sostenendo che l'attore nel giudizio risarcitorio antitrust non debba necessariamente essere un concorrente ma possa anche essere un consumatore, purché assolva l'onere di provare 1) che la natura di pregiudizio sofferto rientri nella tipologia che la normativa antitrust vuol prevenire; 2) l'immediatezza del danno 3) che il pregiudizio non abbia natura speculativa 4) che non sussistano rischi di doppio risarcimento 5) che non vi siano difficoltà nella ripartizione del danno tra più soggetti lesi; ove l'azione sia meramente tesa ad ottenere un injunctive relief, non è richiesta la prova delle circostanze sub 3, 4 e 5, non applicandosi le restrizioni relative alla indirect purchaser doctrine per l'assenza di rischi di doppio risarcimento. Alla differenziazione dello standing to sue basata sulla tipologia di azione proposta (damages or injunctive) si sono successivamente conformate le pronunce delle corti federali (Parks v. Watson, 716 F.2d 646 (9th Cir., 1983); Bubar v. Ampco Foods, Inc. 752 F.2d 445 (9th Cir.), 472 U.S. 1018 (1985); Todorov v. DCH Healthcare Auth., 921 F.2d, 1438 (11Cir. 1991); In re Warfarin Sodium Antitrust Litigation, 214 F.3d 395, 399-400 (3d Cir., 2000);).

⁽⁷²⁾ Nel tratteggiare i confini della legittimazione ad agire (per tutti, non solo per i consumatori), la Corte Suprema (Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp., 392 U.S. 481, 1968; Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720, 97 S. Ct. 2061, 52 L. Ed. 2d 707, 1977) ha stabilito che essa non spetti ai c.d. indirect purchasers (acquirenti indiretti), ai quali il danno è stato trasferito nella catena distributiva di un bene: la c.d. «pass-on» defense, che vale nei confronti degli acquirenti indiretti, non può essere eccepita dal defendant (convenuto) a quelli diretti. Nel pensiero della Corte Suprema, la indirect purchaser doctrine (che esclude la legittimazione per i danneggiati indiretti) viene giustificata dalla preoccupazione di evitare rischi di doppio pagamento del risarcimento e dalla necessità di eliminare le difficoltà e i costi istruttori legati alle indagini relative alla misura del danno che si è prodotto e fermato all'intermediario, anello della catena di produzione/distribuzione, e quella che, viceversa, è transitata all'acquirente finale. Tuttavia, per evitare pericolose elusioni della indirect purchaser doctrine, la legittimazione risarcitoria dell'acquirente indiretto è affermata quando l'acquirente diretto è posseduto o controllato dal produttore (come nel caso degli agenti o di una concessionaria di vendita in proprietà del produttore). Sembrerebbe un meccanismo di traslazione figurativamente simile a quello che si verifica in materia di IVA (pur se manca la «limpidezza» tipica dell'imposta nostrana).

Queste preoccupazioni vengono meno nel caso in cui il bene sia assoggettato ad un solo trasferimento e il danno, pertanto, si verifichi direttamente nella sfera del consumatore finale (a maggior ragione nelle ipotesi di prestazione diretta di un servizio). Nel caso dei «rimborsi R.C.A.» i consumatori, destinatari di un servizio privo di un'intermediazione rilevante ai sensi

dalle indirect purchaser doctrine, hanno sofferto direttamente il pregiudizio, essendo risultato assente ogni fenomeno di traslazione del danno, che avrebbe potuto giustificare un rischio di double recovery (in senso conforme Bastianon, Antitrust e tutela civilistica: anno zero, in *Danno e resp.*, 2003, 390).

⁽⁷³⁾ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 97 S. Ct. 2061, 52 L. Ed. 2d 707, 1977.

⁽⁷⁴⁾ Le restrizioni poste dalla indirect purchaser doctrine non hanno carattere generale, ma valgono solo nei giudizi relativi alle azioni federali: la Corte Suprema ha riconosciuto la legittimità costituzionale del potere dei singoli Stati di introdurre, nelle loro normative nazionali antitrust, ampliamenti allo standing to sue, al fine di consentire espressamente l'azione risarcitoria anche al compratore indiretto (*California v. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989)). Molti Stati hanno, pertanto, introdotto espressamente la legittimazione ad agire in via risarcitoria anche per gli acquirenti indiretti (come nel caso del *California Cartwright Act*: cfr. *Knevelbaard Dairies v. Kraft Foods, Inc.*, 232 F.3d 979, 900-91 (9th Cir. 2000); *Cellular Plus, Inc. v. Sueprior Court*, 14 Cal. App. 4th 1224, 18 Cal. Rptr. 2d 308 (4th Dist., 1993)).

⁽⁷⁵⁾ In una recente class action (la c.d. *Vitamin antitrust class action*), proposta contro una serie di case farmaceutiche che avevano concluso un accordo fraudolento per fissare il prezzo delle vitamine, l'enorme risarcimento conseguito a seguito del settlement (di ammontare pari a \$ 1.100.000.000 !!!) è andato a soddisfare esclusivamente le imprese produttrici dirette acquirenti dalle case farmaceutiche, in applicazione della indirect purchaser doctrine ma che, tuttavia, di fatto, avevano scaricato il sovrapprezzo corrisposto sui consumatori finali cui, viceversa, non è stato destinato alcun emolumento pur essendo stati i danneggiati finali. Allo scandalo è seguito un profondo ripensamento sull'opportunità del mantenimento della dottrina dell'acquirente indiretto, con la presentazione dell'Antitrust Enforcement Improvement Act 2000 (HR 4321) con cui, abbandonando la indirect purchaser doctrine, si riconosce anche a quest'ultimo la legittimazione ad agire in via risarcitoria.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. nota 15.

⁽⁷⁷⁾ Pur se il *Regolamento 1/2003* è entrato in vigore dopo la pronuncia della Suprema Corte ciò non avrebbe precluso alla medesima di sollevare la questione pregiudiziale, al fine di soddisfare le esigenze di armonizzazione imposte dal Trattato.

⁽⁷⁸⁾ La Corte di Giustizia, affermando l'esistenza di un tale diritto, rafforzerebbe il neonato private enforcement, portando a compimento il disegno iniziato con la pronuncia resa nel caso *Courage* (n. C-453/99, *Courage Ltd. C. Bernard Crehan* , in *European Court Reports*, 2001, I, 6297e in questa Rivista, 2002, 4, 454 con nota di Colangelo: la Corte ha affermato l'esistenza di un diritto di natura comunitaria al risarcimento del danno da illecito antitrust. «La piena efficacia dell'art. 85 del Trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se non fosse possibile a chiunque di chiedere il risarcimento dei danni a lui prodotti da un contratto o da un comportamento responsabili di aver prodotto restrizioni o distorsioni alla concorrenza (p. 26); difatti, l'esistenza di un siffatto diritto rafforza l'operatività della normativa comunitaria antitrust e scoraggia gli accordi e le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità (punto 27)», già delineato nell'opinione dell'Avv. Generale Van Gervener, resa nel caso *Banks* (n. C-128/92, *H.J.Banks & Co. Ltd. C. Brithish Coal Corporation*, in *European*

Court reports, 1994, I, 1209, in cui l'Avv. Gen. aveva considerato che il principio della sentenza Francovich avrebbe potuto trovare applicazione anche nel caso di «violazione di un diritto di cui risultava titolare un individuo in virtù di un'obbligazione imposta in capo ad un altro soggetto dal diritto comunitario... la piena efficacia del diritto comunitario potrebbe essere pregiudicata se al primo soggetto non fosse riconosciuta la possibilità di ottenere adeguata riparazione dalla parte che sia stata ritenuta responsabile della violazione del diritto comunitario, a maggior ragione ove sia stata violata una previsione normativa comunitaria avente effetto diretto»).

⁽⁷⁹⁾ Cfr. nota 68.

⁽⁸⁰⁾ La legittimazione delle associazioni, pur se «garantita ex lege», si troverebbe comunque esposta alle difficoltà di provare, tra l'altro, in situazioni che non sarebbero poi così teoriche (Fava, L'estensione della necessaria facoltatività delle perizie contrattuali alle polizze infortuni cumulative: i lavoratori assicurati sono consumatori ex art. 1469 bis c.c., in questa Rivista 2003, 5, 657), da un lato, la presenza di un soggetto qualificabile come consumatore o utente, la presenza di situazioni soggettive tipicamente riferibili alla categoria nonché il «rapporto di derivazione» della pretesa da un contratto di massa. Pur colmando la lacuna dei mezzi di tutela disponibili ai consumatori (attualmente le associazioni di consumatori possono ricorrere solo a strumenti preventivi di tipo inibitorio), che vanno dalle azioni risarcitorie a quelle meramente restitutorie o indennitarie (salvo verificare la copertura della responsabilità precontrattuale), si perderebbe l'occasione di creare strumenti liberamente fruibili da parte della generalità dei soggetti, lasciando il vuoto di tutela per quelle small claims non aventi la propria scaturigine in contratti di massa.

Si consideri che l'art. 13 della direttiva 2002/65/CE e l'art. 52 della posizione comune sulla proposta di direttiva in materia di servizi d'investimento (che abroga la direttiva 93/22/CEE) non sembrano prevedere meccanismi di class actions, perché essi attribuiscono a soggetti ontologicamente non membri della classe la legittimazione a proteggere gli interessi dei consumatori. Per consentire l'applicazione delle disposizioni nazionali di recepimento, si obbligano gli Stati membri a riconoscere la menzionata legittimazione ad organismi pubblici o loro rappresentati, organizzazioni di consumatori o organizzazioni professionali aventi un legittimo interesse a proteggere i consumatori o i loro membri.

Analogamente, la recente proposta di regolamento della Commissione europea del 18 luglio 2003 COM(2003) 443 sulla cooperazione fra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori recante «regolamento in materia di cooperazione per la tutela dei consumatori», non va nella direzione di predisporre meccanismi di tutela effettiva degli «interessi individuali» dei consumatori. Peraltro, la tutela dei soli «interessi collettivi» dei consumatori (qualificati come «interessi generali, con esclusione del cumulo degli interessi individuali») sarebbe comunque strumentale allo sviluppo del mercato interno e chiaramente subordinato ad una logica economica non personalistica (circostanza evidente ove si consideri che la tutela degli interessi collettivi dei consumatori possa essere rimessa anche alle imprese e alle associazioni di operatori professionali). Perplessità fa sorgere, altresì, la vaghezza ed oscurità del concetto di «violazione infracomunitaria» che potrebbe comportare ostacoli all'efficiente funzionamento della rete.

⁽⁸¹⁾ Dall'esperienza di altri ordinamenti risulta che il fenomeno sarebbe inverso, in considerazione del fatto che l'associazione di categoria non è titolare della pretesa della

classe, non essendo membro della stessa. Introdotta la class action, e attribuita la legittimazione rappresentativa a ciascun soggetto membro della classe, in quanto titolare della pretesa seriale, si è solo in un secondo momento estesa espressamente la legittimazione ad agire in capo alle associazioni di categoria o ad organismi di natura pubblicistica (agencies o procuratori statali), perseguendo finalità di miglioramento della tutela della classe, attraverso il pluralismo dei potenziali centri di aggregazione e un assetto maggiormente concorrenziale tra gli stessi.

Peraltro, con specifico riferimento al diritto d'azione dei singoli consumatori ed utenti, lo strumento potrebbe risolversi in un'azione di classe obbligatoria (mandatory class action), stante l'assenza di previsioni in materia di diritto all'esclusione (opt-out), circostanza che sarebbe da conciliarsi con i principi costituzionali in materia di diritto di difesa e due process. Si potrebbe salvare la compatibilità del principio costituzionale della difesa «personale» e «dispositiva», di cui *all'art. 24 Cost.*, con i valori garantisti ed efficientistici del due process, di cui al nuovo art. 111, adottando un meccanismo di group litigation (sul modello inglese) o sistemi di class actions con diritti di opt-out o opt-in. Il presupposto dovrebbe risiedere nell'accettazione della circostanza (estremamente controversa) che gli effetti del giudicato (sia positivi che negativi) possano prodursi nei confronti di soggetti che non sono parti «effettive» del processo. Bisognerebbe valutare se possa attribuirsi la qualità di parte processuale a tutti coloro che chiedano l'inserimento del registro (nella group litigation), a quelli che non abbiano esercitato l'opt-out nel termine concesso dal giudice (in un sistema di opt-out class actions) oppure solo a coloro che abbiano esercitato l'opt-in (in un sistema di opt-in class actions).

⁽⁸²⁾ Cfr. il Report della Commissione sudafricana del 1998 (The recognition of class actions and public interest actions in South African Law), il Consultation Paper della Commissione irlandese del 2003 (CP on Multi-party litigation (class actions)), la proposta norvegese e quella svedese.

⁽⁸³⁾ Non con quelli derivanti da norme ordinarie che potrebbero essere normalmente derogati in considerazione delle specificità delle class actions e che, peraltro, potrebbero essere considerate uno strumento costituzionalmente necessario in una logica di attuazione degli *artt. 24 e 111 Cost.* (il primo, per garantire l'accesso alla giustizia per le small claims, il secondo, per garantire l'efficienza come corollario del giusto processo).

⁽⁸⁴⁾ Le representative suits non sono decollate negli stessi ordinamenti che le hanno previste (Regno Unito, Irlanda e Australia).

Il sistema della group litigation è stato introdotto in Inghilterra e Galles nel 2000. Esso, presentando strette affinità con un meccanismo di opt-in class actions, consentirebbe di evitare attriti con i principi processuali nostrani (e segnatamente l'approccio tradizionale al contenzioso fondato sul principio dispositivo che esalta l'autonomia privata) perché prevede un sistema di azioni separate (a differenza della class action). Allo stesso tempo si beneficerebbe di un meccanismo che consente il consolidamento delle informazioni relative al gruppo in un unico registro, di un processo unitario che evita duplicazioni processuali e incompatibilità tra giudicati nonché di un'elevata flessibilità nel giudicare in modo unitario su questioni comuni e individuali. Tuttavia, il sistema inglese presenta anche svantaggi (l'assenza di certezza in ordine all'attivazione della procedura rappresentativa, la possibilità di numerosi processi frammentati e, soprattutto, l'assenza di consistenti risparmi in termini economici per

i membri del gruppo) e presuppone un efficiente sistema di assistenza legale (civil legal aid), qual è la Law Society, sotto la cui egida si coordinano gli avvocati che si presentano alla corte per chiedere un group litigation order.

⁽⁸⁵⁾ Sul versante dell'ambito soggettivo, all'introduzione delle plaintiff class action (più attori accampano pretese con questioni comuni contro uno o più convenuti) potrebbe accompagnarsi quella delle defendant class actions (uno o più attori affermano la spettanza di pretese che sollevano questioni comuni a più convenuti).

Casi pratici di applicazione di defendant class action, potrebbero essere, solo per fare qualche esempio, quelli relativi alla responsabilità delle diverse coassicuratrici, che potrebbero essere difese dalla delegataria (in Irlanda, utilizzando la dizione dell'Order 15 Rule 9 of the Rules of the Superior Court in materia di representative action, la corte d'appello ha stabilito che la pronuncia resa contro delegataria avrebbe potuto avere effetto contro le altre 77 compagnie di assicurazione coassicuratrici (Irish Shipping v. Commercial Union Assurance, 1991, 2QB, 206)) o alla responsabilità da prospetto (cfr. Fava cit. nota 64).

⁽⁸⁶⁾ Sul versante dell'ambito oggettivo, la «serialità» potrebbe sussistere in presenza di pretese che implicino la risoluzione di questioni di fatto o di diritto comuni (la mera comunanza sarebbe da preferirsi alla medesimezza, visto che storicamente i modelli fondati sul same interest non sono decollati).

Si potrebbe specificare se sia necessario un numero minimo di pretese o identificare e nominare i membri della classe, se la procedura in forma rappresentativa non sia preclusa dalla necessità di risolvere questioni di natura individuale (unico processo per le questioni collettive e individuali), se le questioni collettive debbano predominare sulle questioni individuali, se il rito in forma aggregata debba essere una procedura superiore o meramente preferibile, alla luce delle circostanze concrete, ad altri strumenti processuali, se sia necessario introdurre il requisito della typicality o esso sia da ricomprendersi in quello relativo all'adeguatezza della rappresentanza, se sia necessario esplicitare, almeno a livello esemplificativo, una lista di circostanze che possano orientare il giudice nella verifica dell'adequacy del class representative (assenza di conflitti di interessi, almeno in relazione alle questioni comuni; presenza di una chiara strategia processuale; esistenza di adeguati mezzi economici che possano consentire un'efficace difesa degli interessi degli assenti; il possesso delle necessarie competenze tecniche da parte dell'avvocato).

⁽⁸⁷⁾ Ove si voglia ragionare dando per acquisito il dato della legittimazione ex lege delle associazioni di consumatori (prevista nelle proposte 3838 e 3839), potrebbe essere preferibile un sistema sul modello di quello australiano (che non prevede la certificazione incombendo sul convenuto l'onere di provare che l'azione non possa procedere in forma rappresentativa), in quanto, imponendo la certificazione ai c.d. centri di aggregazione «non consumeristici»(ad esempio avvocati del libero foro non affiliati ad associazioni di consumatori), si produrrebbero alterazioni nella libera concorrenza tra le attività di aggregazione delle pretese.

Le associazioni di consumatori potrebbero beneficiare di una legittimazione ex lege mentre tutti gli altri centri di aggregazione dovrebbero sottostare alla fase di giudizio relativa alla certificazione e al rischio di un provvedimento negativo, circostanza che, si tradurrebbe nell'imposizione di costi aggiuntivi e in una maggiore incertezza sulla procedibilità in forma rappresentativa.

Qualunque sia l'opzione, il provvedimento di certificazione potrebbe essere dichiarato sempre modificabile (*rebus sic stantibus*) da parte del giudice che l'ha adottato (anche attraverso ordinanze di mutamento del rito) e si potrebbe introdurre un regime speciale per le impugnazioni avverso provvedimenti resi sulla risoluzione delle questioni relative alla certificazione o alla legittimazione delle associazioni consumatori, al fine di raggiungere gli obiettivi di celerità, efficienza e certezza posti dal principio costituzionale del giusto processo.

⁽⁸⁸⁾ Il meccanismo di opt-in («classi deboli»), postulando un'azione positiva da parte del membro della classe (che dovrebbe comunicare al giudice la sua volontà di partecipare all'azione collettiva), potrebbe risultare più rispettoso dei tradizionali principi del nostro processo civile e consentirebbe di conoscere le dimensioni e l'identità della classe. Tuttavia, non incentivando la formazione di classi «corpose», non sfruttando a pieno le potenzialità aggregative offerte dalle class action (è un modello a metà strada tra il litigation group e le opt-in class actions) e risolvendosi in uno strumento di intervento «evoluto», potrebbe condurre all'attivazione di molteplici processi separati.

⁽⁸⁹⁾ Secondo il sistema di opt-out («classi forti»), viceversa, tutti coloro che siano descritti nel provvedimento di certificazione (o nella notice della pendenza della class action, nel sistema australiano, cfr. Section 33X del Federal Court of Australia Act 1976, come modificato dal Federal Court of Australia Amendment Act 1991, no 181, Sec. 3) sono vincolati al giudicato, a meno che non manifestino, entro il termine stabilito dal giudice, la volontà di distaccarsi dalla procedura collettiva.

Questo sistema, maggioritario a livello mondiale (Stati Uniti, Australia, Canada, proposta svedese, proposta irlandese), consentirebbe la formazione di classi più ampie e coese, che si aggregerebbero in via automatica, prescindendo da eventuali (e costose) azioni positive dei membri assenti, salvo il loro potere di escludersi (che dovrebbe essere riconosciuto in tutti i casi di class actions). Tuttavia, questo meccanismo si porrebbe in termini più conflittuali con il principio dispositivo e dell'intangibilità della sfera dei terzi, per i quali *res inter alios acta neque nocet neque prodest* (principi che, nel nostro ordinamento, pur trovano numerose deroghe in campo di diritto sia sostanziale che processuale).

Un sistema sui generis è ipotizzato dalla proposta sudafricana, che stabilisce l'obbligatorietà (mandatory) di tutte le class actions, non riconoscendo alcun diritto di opt-out a livello legislativo. Sarebbe attribuito al giudice dichiarare l'inidoneità della pronuncia giurisdizionale a produrre effetti vincolanti per quei membri della classe che non hanno avuto notizia della notice.

⁽⁹⁰⁾ La disciplina delle comunicazioni alla classe (notices) dovrebbe essere definita con estrema cautela. Si tratta di un adempimento essenziale, in quanto strumentale all'effettivo esercizio dei diritti di opt-in o opt-out. Solo ove i membri assenti della classe siano informati della pendenza della controversia in forma rappresentativa e degli esatti termini della domanda potranno scegliere liberamente e con consapevolezza se far valere le loro ragioni in via individuale o se «fidarsi» dell'attività dell'attore rappresentativo. Il giudice dovrebbe essere libero di scegliere tra una rosa di mezzi tecnici esemplificativamente indicati dalla norma (da utilizzarsi anche cumulativamente) nonché di imporre strumenti che appaiono maggiormente idonei a perseguire le predette finalità informative nel caso concreto, anche in considerazione dell'evoluzione tecnologica (si ricordi la tecnica del sito Internet adottata dalle corti australiane nel caso GIO; cfr. nota 46).

La stessa ammissibilità delle class actions sarebbe garantita dal corretto operare di questa fase, che potrebbe essere l'escamotage tecnico per legittimare uno strumento processuale che implichi la produzione degli effetti del giudicato (sia positivi che negativi) in capo a soggetti che non siano «parti effettive», a meno che non si allarghi in concetto di parte processuale a tutti coloro che non abbiano esercitato l'opt-out nel termine concesso dal giudice (in un sistema di opt-out class actions) oppure solo a coloro che abbiano esercitato l'opt-in (in un sistema di opt-in class actions).

L'invio di notices alla classe potrebbe essere considerato necessario in caso di offerte di transazioni, di provvedimenti incidenti sulle questioni di interesse comune e in ogni momento in cui il giudice lo ritenga opportuno.

⁽⁹¹⁾ In primo luogo la questione dell'estensione dell'effetto interruttivo e sospensivo della prescrizione a favore degli assenti. Le soluzioni potrebbero differire secondo il modello adottato (presenza o meno di una certificazione, legittimazione ex lege). Semplicisticamente, potrebbe sostenersi che, ove alla domanda iniziale (individuale dell'attore rappresentativo) debba seguire una specifica domanda volta ad ottenere la certificazione (secondo il modello statunitense), l'effetto interruttivo e sospensivo potrebbe estendersi agli assenti dal momento dell'istanza di certificazione fino al provvedimento di merito finale o all'omologazione della transazione (in caso di certificazione positiva) oppure fino al provvedimento che disponga la procedibilità in forma individuale. In questo caso, la prescrizione comincerebbe a decorrere per tutti coloro che abbiano esercitato l'opt-in o che non abbiano esercitato l'opt-out (secondo il modello), ma non per coloro che abbiano esercitato l'opt-in o che abbiano esercitato l'opt-out (per i quali la prescrizione correrebbe secondo i criteri ordinari).

In secondo luogo, il problema dell'ammissibilità di domande riconvenzionali da parte della controparte della classe. Potrebbero ritenersi ammissibili solo quelle nei confronti della classe (sulle questioni comuni) e, forse, nel caso della possibilità della cognizione delle questioni individuali in un unico processo, anche le riconvenzionali relative a domande individuali.

In terzo luogo, in materia di ammissibilità ed effetti delle prove, potrebbero i membri assenti della classe essere chiamati come testimoni? Le prove legali dovrebbero essere del tutto escluse nelle class actions? Ove ammesse, quale sarà il loro valore nei confronti degli assenti?...

In relazione alla «portata» del giudicato «di classe» sarebbe opportuno verificare, accanto all'impugnabilità della sentenza finale o dell'atto di omologazione della transazione per inadeguatezza della rappresentanza, la portata del principio della preclusione di successive azioni sul dedotto e il deducibile, in materia di questioni comuni e/o individuali.

⁽⁹²⁾ Come indicato in precedenza la no win no fee indica che l'avvocato non percepirà alcun compenso in caso di esito sfavorevole della lite mentre le fattispecie di conditional fee agreement o uplift o speculative fee sono costruite in modo da differenziarsi dal vero patto di quota lite in quanto l'onorario supplementare dell'avvocato sarebbe calcolato in percentuale rispetto alla tariffa base e non in riferimento al valore di quanto ottenuto all'esito della lite.

Si consideri che nel nostro ordinamento la giurisprudenza della Cassazione ha considerato lecito il palmario, concretantesi in un volontario riconoscimento che il cliente spontaneamente corrisponde al difensore in considerazione della qualità, importanza e difficoltà dell'opera svolta dal professionista nei suoi confronti. Peraltro, l'art. 45 del Codice

di deontologia forense stabilisce «E' vietata la pattuizione diretta ad ottenere, a titolo di corrispettivo della prestazione professionale, una percentuale del bene controverso ovvero una percentuale rapportata al valore della lite. E' consentita la pattuizione scritta di un supplemento di compenso, in aggiunta a quello previsto, in caso di esito favorevole della lite, purché sia contenuto in limiti ragionevoli e sia giustificato dal risultato conseguito» mentre, il Codice deontologico degli avvocati della Comunità europea, all'art. 3.3., prevede che «L'avvocato non può indicare i propri onorari sulla base di una quota della lite. Il patto di quota lite è una convenzione intercorsa tra l'avvocato e il suo cliente, prima della conclusione definitiva di una pratica riguardante il cliente stesso, in base alla quale il cliente si obbliga a versare all'avvocato una parte del risultato ottenuto, sia essa una somma di denaro o qualsiasi altro bene o valore. Non costituisce patto di quota lite la convenzione che preveda la determinazione dell'onorario in proporzione al valore della causa di cui l'avvocato è incaricato, se ciò è conforme ad una tariffa ufficiale o è ammesso dall'autorità competente da cui dipende l'avvocato».

Corriere Giur., 2006, 4, 553 (nota a sentenza)

Class Actions tra efficientismo processuale, aumento di competitività e risparmio di spesa: l'esame di un contenzioso seriale concreto (le s.u. sul rapporto tra indennità di amministrazione e tredicesima)

di Pasquale Fava

Cass. civ. Sez. Unite, 13 luglio 2005, n. 14698

Le Sezioni Unite con la sentenza 13 luglio 2005, n. 14698, inceneriscono le velleitarie pretese di un contenzioso seriale che stava assumendo dimensioni preoccupanti per le finanze pubbliche (il Ragioniere Generale dello Stato con nota del 16 aprile 2004 quantificava la maggiore eventuale spesa in oltre 590 Ml.+ 90 Ml. in ragione d'anno) in considerazione del fatto che, interessando questioni ermeneutiche del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro/Comparto Ministeri (conteggiabilità dell'indennità di amministrazione ai fini della tredicesima), era destinato a coinvolgere tutto il personale delle Amministrazioni statali sia a livello centrale che periferico.

Confermando l'inesistenza del principio di omnicomprensività della retribuzione, la Suprema Corte, pur ritenendo applicabile l'articolo 7 d.lgs. c.p.s. 25 ottobre 1946, n. 263, in virtù del rinvio contenuto nella fonte negoziale (art. 33 CCNL)⁽¹⁾, esclude che l'indennità di amministrazione sia rilevante ai fini del calcolo della tredicesima mensilità alla luce di una complessiva interpretazione "storico-evolutiva" non solo delle previsioni dei vari contratti collettivi via via succedutisi a partire da quello stipulato il 16 maggio 1995⁽²⁾ ma anche della stessa normativa del 1946⁽³⁾.

Mentre per la ricostruzione della condivisibile soluzione ermeneutica fatta propria dalle Sezioni Unite che recepiscono la linea difensiva della difesa erariale si rinvia alla lettura della sentenza, anche in ragione delle recentissime iniziative di regolazione comunitaria e nazionale in materia che saranno segnalate, preme qui esternare talune considerazioni su rilevanti questioni processuali tipicamente legate al contenzioso seriale (caratterizzato oggettivamente dalla presenza di pretese implicanti la risoluzione di questioni di fatto o di diritto comuni a più persone) che coinvolgono problematiche di competitività del sistema, di efficientismo processuale e, soprattutto, di risparmio di spesa pubblica cui non risulta estranea l'Avvocatura dello Stato, tradizionalmente e istituzionalmente obbligata a cimentarsi con questa tipologia di vertenze collettive che ordinariamente richiede grandi impegni di risorse umane, tecniche ed economiche.

Al di là delle specificità del contenzioso su cui sono intervenute le Sezioni Unite in commento⁽⁴⁾ e che lo contraddistinguono per l'indiscussa ragionevole durata del processo collettivo⁽⁵⁾, non va sottaciuto che nella maggior parte dei casi la "soluzione definitiva" (*rectius* "tendenzialmente stabile"⁽⁶⁾) viene raggiunta solo dopo molti anni (e potrebbe anche non giungere mai ove si maturino contrasti giurisprudenziali o si verifichino inefficienze interne al sistema processuale).

In entrambi i casi (contenzioso seriale che giunge in tempo ragionevolmente breve ad una soluzione tendenzialmente "definitiva"/contenzioso seriale caratterizzato da contrasti di giurisprudenza e dalla irragionevolezza dei tempi richiesti dall'ordinamento processuale per dare una risposta tendenzialmente stabile) gli strumenti processuali attualmente presenti nel codice di rito non paiono assicurare con particolare riferimento al contenzioso seriale

un'adeguata tutela giurisdizionale che possa ritenersi in linea con i canoni del giusto processo imposti dall'articolo 111 della Costituzione.

A ciò si aggiungano i consistenti aggravii di spesa per l'Erario dello Stato e la riduzione della competitività del sistema economico nazionale conseguenti ad una gestione inefficiente del contenzioso.

Prendendo come modello di contenzioso seriale quello sull'indennità di amministrazione (dove la serialità afferisce alla questione di diritto relativa alla rilevanza dell'indennità di amministrazione circa il calcolo della tredicesima), al fine di valutarne i vantaggi, attualmente anche all'esame del Legislatore comunitario⁽⁷⁾ e nazionale⁽⁸⁾, si ipotizzi in Italia l'esistenza di strumenti di risoluzione in forma aggregata di questioni controverse seriali operanti sulla falsariga delle *class actions* statunitensi, canadesi e svedesi, o dei *representative proceedings* australiani oppure della *group litigation* inglese⁽⁹⁾.

Sarebbe stato possibile all'Avvocatura distrettuale di Firenze (o ai dipendenti del Ministero della Giustizia ricorrenti) chiedere al giudice la certificazione della classe (tutti i dipendenti delle Amministrazioni cui si applica il Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro Comparto Ministeri) al fine di consentire l'aggregazione della stessa e la soluzione unificata della questione controversa seriale (interpretazione delle previsioni del CCNL in materia di indennità di amministrazione e tredicesima), senza lasciare sul tappeto pesanti "appendici" di contenzioso da continuare a gestire.

Circa la possibilità di considerare le *class actions* uno strumento costituzionalmente necessario (chiaramente con gli adattamenti necessari affinché l'operazione di trapianto non dia luogo a rigetti dovuti all'omesso coordinamento con i principi tradizionali cui è improntato il sistema processuale interno) nonché quella di superare le obiezioni tecniche mosse dalla dottrina tradizionale in relazione alle note questioni dell'inesistibilità degli effetti *ultra partes* del giudicato e del divieto nostrano di *quota litis* si richiama quanto motivatamente già osservato in altra sede⁽¹⁰⁾.

Qui giova ricordare che, contrariamente a quanto erroneamente ritenuto dall'opinione dominante, anche negli Stati Uniti (come in tutte le moderne democrazie che hanno introdotto lo strumento processuale) si è posto il problema del possibile contrasto con la Costituzione federale⁽¹¹⁾ delle *class actions* in merito alla violazione del diritto di difesa dei membri "assenti" della classe. La questione è stata risolta dalla Corte Suprema e dal Legislatore federale con l'introduzione del meccanismo di *notice/opt-out* (con la certificazione giurisdizionale, che viene adeguatamente ed efficientemente pubblicizzata, si attribuisce la qualità di parte anche ai membri della classe "assenti"; questi ultimi sono rappresentati dai soggetti che procedono su autorizzazione del giudice ma possono essere sempre estromessi dal giudizio seriale ove lo richiedano nei termini stabiliti). Peraltro, recentissime iniziative legislative hanno introdotto nuovi strumenti (in particolare destinati ad attecchire sulle questioni di competenza e sul compenso dei legali) volti ad eliminare quei fenomeni patologici che hanno in alcuni casi comportato un uso distorto delle *class actions*⁽¹²⁾.

In Inghilterra, viceversa, gli strappi ai principi sono stati evitati in radice mettendo a punto un sistema (che per la verità non ha nulla o poco in comune con le autentiche *class actions* statunitensi, canadesi o australiane) col quale si consente l'aggregazione solo degli appartenenti alla classe che facciano espressa richiesta di partecipare al giudizio collettivo

iscrivendosi al *litigation group register* tenuto presso la corte che procede⁽¹³⁾. Anche in Germania è stato introdotto un modello processuale collettivo di tipo "opt-in" (*Musterverfahren*) che, tuttavia, proprio per la sua destinazione ad arginare il c.d. *Mammut-Prozess* contro Deutsche Telekom pendente presso il Tribunale di Francoforte e che ha visto il coinvolgimento di circa 17.000 investitori sollecitati con due operazioni di collocamento di strumenti finanziari emessi dalla società sulla base di prospetti contenenti informazioni asseritamente false, si caratterizza come speciale (solo per una determinata tipologia di controversie) e a termine (la nuova disciplina processuale resta in vigore solo per cinque anni, caducandosi in caso di mancato rinnovo alla scadenza)⁽¹⁴⁾.

Passando dal "poter essere" all'"essere", allo stato in Italia, anche dopo pronunce come quella in commento, è necessario continuare a "gestire" le "appendici" del contenzioso seriale perché, al di là del giudizio che si è chiuso con la soluzione giurisprudenziale "tendenzialmente definitiva" sulla questione di fatto o di diritto comune a tutti i membri della classe, restano incardinati nel sistema processuale tutti gli altri processi (solitamente numerosissimi) che devono proseguire e che, talvolta, possono anche dare luogo ad esiti sconcertanti⁽¹⁵⁾. A ciò si aggiunga che nuovi giudizi possono essere introdotti in relazione a pretese per le quali non sono ancora decorsi i termini di prescrizione e di decadenza.

Questa situazione dovrebbe essere valutata non solo in relazione all'efficienza del sistema processuale considerato nel suo complesso e all'opportunità di evitare contrasti tra pronunce ma anche alla luce di una prospettiva economico-contabile volta al contenimento dei costi inutili e all'eliminazione di sprechi nell'uso del denaro pubblico.

Si pensi a tutta l'attività processuale avente un contenuto analogo (udienze, atti defensionali, accertamenti, notifiche, provvedimenti giurisdizionali), all'impegno lavorativo di giudici e avvocati gravanti sul bilancio dello Stato, ma anche alle risorse materiali che ruotano direttamente o indirettamente attorno all'espletamento della funzione giurisdizionale e defensionale (carta, energia elettrica, benzina...) interessata dalla "gestione appendicolare" di un contenzioso "tendenzialmente chiuso" e che si limitano solo a riprodurre, ripetere e ripercorrere attività che già si sono altrove esaurite.

Se si eliminasse questo sistema a "carta carbone" e si unificassero in un solo contesto tutte le attività richieste per la ricerca della soluzione processuale che applichi e interpreti la normativa rilevante al caso seriale concreto, tutte queste risorse ed energie inutilmente spese potrebbero essere ricollocate e utilizzate per migliorare e rendere più efficiente il nostro sistema processuale interno.

Peraltro, ove lo strumento non sia rimesso solo all'iniziativa delle associazioni di consumatori⁽¹⁶⁾ o limitato a taluni settori (materia societaria e finanziaria)⁽¹⁷⁾ ma sia fruibile da qualunque parte processuale coinvolta in contenziosi di natura seriale, dell'eventuale introduzione delle *class actions* nel sistema processuale italiano potrebbe beneficiare anche l'Avvocatura dello Stato sia in termini di semplificazione e miglioramento della gestione del contenzioso seriale sia per le accresciute potenzialità di chiusura stragiudiziale⁽¹⁸⁾.

Evitando di confondere la tutela degli interessi diffusi con la risoluzione unitaria delle questioni di fatto e/o di diritto di natura seriale⁽¹⁹⁾, sarebbe, pertanto, opportuno mutare l'angolo prospettico di analisi e di studio delle azioni rappresentative considerando che le stesse non svolgono esclusivamente funzioni deterrenti nei confronti di pratiche illecite, scorrette o sleali degli operatori professionali ma costituiscono, più generalmente, un efficace

ed efficiente strumento di miglioramento della gestione del contenzioso seriale. In tal modo sarebbe necessario considerare la possibilità di mettere a punto un disegno di legge a carattere più generale anche attraverso l'ausilio e l'interessamento dei soggetti istituzionalmente competenti nella gestione del contenzioso seriale dello Stato che potrebbero apportare un prezioso contributo in considerazione dell'unica e irripetibile esperienza maturata da anni nel settore.

Si ritiene opportuno, pertanto, che dopo i decisivi passi compiuti nella semplificazione amministrativa e le ricerche e le sperimentazioni in materia di miglioramento della qualità della regolazione, sia giunto il momento di cominciare ad interessarsi degli strumenti di semplificazione processuale per far prepotentemente stertzare la giustizia italiana verso modelli che non solo evitino imbarazzanti giudizi di condanna dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, pesanti esborsi di denaro pubblico per irragionevole durata dei giudizi e penalizzazioni della giustizia italiana (anche arbitrale) nel contesto internazionale da sempre additata come modello patologico di inefficienza e lungaggine, ma anche che, caratterizzandosi per l'efficientismo, l'eliminazione dei costi inutili e la riallocazione delle risorse pubbliche, comportino un innalzamento della competitività.

(1) "...la previsione del citato art. 7 avrebbe in ogni caso valore cogente come fonte contrattuale, perché il relativo disposto viene espressamente richiamato dall'art. 33, comma 3 del CCNL integrativo 1998/2001, ossia dal contratto collettivo che è la fonte cui l'art. 2, comma 3, d.lgs. 165/2001 affida in via esclusiva l'attribuzione dei trattamenti economici" (*Cass., sez. un., 13 luglio 2005, n. 14698*).

(2) Dalle previsioni del contratto collettivo sarebbe evidentissimo che ai fini del computo della tredicesima sono rilevanti solo le "voci che sono corrisposte a tale titolo" e che, con particolare riferimento all'indennità di amministrazione, è del tutto neutra rispetto a tale accertamento la natura generale, fissa e ricorrente della stessa ("Il carattere di generalità dice solo che essa deve essere corrisposta a tutti i dipendenti, la natura ricorrente dice che deve essere corrisposta con la medesima cadenza temporale, mentre la natura fissa significa che la medesima è parametrata a criteri oggettivi di determinazione" - *Cass., cit. nota 1*).

(3) "...detto art. 7 non solo non contiene alcuna previsione di omnicomprensività della tredicesima, ma depone addirittura in senso contrario. ... Ossia, all'entrata in vigore del d.lgs.c.p.s. n. 263 del 1946 la retribuzione del personale statale constava non solo del trattamento di base e dell'indennità di carovita, ma anche di indennità e di assegni accessori, che però furono esclusi dal computo della tredicesima mensilità ad opera del citato art. 7 del d.lgs.c.p.s., segno quindi che prima il legislatore, e poi le parti stipulanti il CCNL che ad esso hanno fatto riferimento, la intesero computare al netto delle indennità che allora venivano erogate, e quindi in misura non omnicomprensiva. Pertanto il suddetto art. 7 del d.lgs.c.p.s. del 1946 induce a negare la inclusione dell'indennità di amministrazione nella tredicesima mensilità" (*Cass., cit. nota 1*).

(4) Il Primo Presidente della Cassazione ha tempestivamente accolto la richiesta della difesa erariale di rimettere la pronuncia alle Sezioni Unite pur in mancanza di contrasto tra le Sezioni semplici in considerazione della questione di massima e di particolare importanza sollevata dal ricorso (*art. 374, comma 2, c.p.c.*).

⁽⁵⁾ La Suprema Corte ha di recente riconosciuto che il diritto all'equa riparazione copre anche le ipotesi di ricorso collettivo (Sezione I, sentenza 11 maggio 2005, n. 9921 in Guida al diritto, 2005, n. 25, 36 ss.).

⁽⁶⁾ Nell'ordinamento interno non opera il principio dello stare decisis ma solo l'onere di motivare l'eventuale contrasto con la giurisprudenza della Suprema Corte.

⁽⁷⁾ Inserendosi nel varco aperto prima dalla Corte di giustizia nel caso *Courage* (sentenza 20 settembre 2001, n. C-453/99, *Courage Ltd. v. Bernard Crehan*, in *European Court Reports*, 2001, I, 6297 e in questa Rivista, 2002, 4, 454 con nota di Colangelo; per la verità l'esistenza di un diritto al risarcimento del danno da violazione del diritto comunitario antitrust era già stata affermata dall'Avv. Generale Van Gervener nell'opinione resa nella causa C-128/92, *H.J. Banks & Co. Ltd. C. British Coal Corp.*, in *European Court Reports*, 1994, I, 1209) e poi dal Regolamento del Consiglio 16 dicembre 2002, n. 1/2003 (concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 de 82 del Trattato, in G.U.C.E. L1 del 4.1.2003 nonché in Boll. UE 12-2002, punto 1.3.70), la Commissione Europea ha intenzione di pubblicare per la fine del 2005 un Libro Verde in materia di private enforcement del diritto antitrust (a tal uopo, su incarico della Commissione, lo studio legale Ashurst ha condotto un'analisi accurata delle esperienze di private antitrust enforcement sviluppate nei vari Stati membri rilevando il "totale sottosviluppo" e la "sconvolgente diversità" dei sistemi nazionali - cfr. www.europa.eu.int/commission/competition/competitionandconsumers).

Anche nel diritto della concorrenza, come a più riprese affermato in tema di responsabilità dello Stato per violazione/inadempimento del diritto comunitario (l'azione risarcitoria civilistica nei confronti dello Stato è esperibile anche se il Trattato prevede lo specifico rimedio della procedura di infrazione), si afferma il principio in base al quale gli strumenti di tutela privatistica sono di complemento essenziale a quelli di enforcement pubblicistico che non possono in alcun modo obliterarli dovendo, viceversa, gli stessi procedere in modo coordinato tra loro (si valuti, ad esempio, la questione dell'efficacia degli accertamenti contenuti nei provvedimenti sanzionatori dell'Autorità amministrativa antitrust nei giudizi collegati venti ad oggetto il risarcimento del danno da illecito antitrust - le c.d. follow-on actions).

È stato, altresì, sottolineato che il private enforcement potrebbe rivelarsi un deterrente molto più efficace ed effettivo del sistema pubblicistico Commissione/Autorità di vigilanza nazionali (cfr. Monti, *Private Litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusion on the implementation of the new Merger Regulation*, VIII Annual Competition Conference, Fiesole, 17 settembre 2004).

Tra gli strumenti di attuazione privata del diritto della concorrenza le class actions sono guardate con grande interesse. Sono allo studio possibili opzioni di regolazione per valutare in che forma si possano stimolare gli Stati membri posto che, come noto, secondo gli orientamenti della Corte di giustizia, in materia processuale l'autonomia sovrana degli Stati può essere "superata" solo ove si dimostri la violazione dei principi di equivalenza (non discrimination) e di effettività (adequacy).

⁽⁸⁾ A seguito della vicenda dei rimborsi R.C.A. e degli scandali finanziari italiani (Cirio, Parmalat e Bipop) e stranieri (bonds argentini) sono stati presentati numerosi disegni di legge volti a introdurre strumenti simili alle class actions statunitensi per assicurare efficienti forme di

tutela delle pretese seriali che fungano anche da deterrente a pratiche illecite degli operatori economici.

Allo stato l'approccio del Legislatore è stato settoriale mancando di quella trasversalità che dovrebbe ispirare l'introduzione di strumenti processuali dotati di caratteristiche profondamente innovative in merito all'impostazione tradizionale del codice di rito. A livello linguistico non si è ancora percepito che la terminologia più appropriata è "azioni rappresentative" in quanto le azioni "di gruppo" evocano pericoli confusori con la tutela degli interessi diffusi (che è questione diversa rispetto agli strumenti di risoluzione del contenzioso seriale) mentre quelle "collettive" sono già conosciute ed utilizzate nel nostro ordinamento processuale.

In materia consumeristica, anche per dare seguito agli accordi intervenuti tra Ministero delle Attività Produttive e Associazioni dei consumatori e ANIA, si è intervenuto con i disegni di legge A.C. 3838 (On. Bonito e altri - azione di gruppo) e A.C. 3839 (On. Lettieri e altri - azione di classe) unificati, dopo l'approvazione della Camera dei Deputati (Picchio, Dalla Camera arriva il sì al dl sulla class action, in *Il Sole 24 Ore* del 22 luglio 2004), in quello all'analisi del Senato (S. 3058 - On. Bonito e altri). Si tratta di un approccio che innestandosi sulle previsioni della *legge 30 luglio 1998, n. 281*, si presenta assolutamente migliorabile in quanto, tra l'altro, istituisce un monopolio giudiziale delle associazioni dei consumatori e solleva una serie di problematiche tecnico-giuridiche non risolte dai disegni di legge. Per la prima lettura degli stessi cfr. Fava, *L'importabilità delle class actions in Italia, Contratto e impresa*, 2004, 166-226 nonché Id., *Class actions all'italiana: "Paese che vai usanza che trovi"* (l'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge n. 3838 e 3839), in questa *Rivista*, 2004, 3, 397.

Nell'ambito delle proposte di legge e degli studi relativi alla riforma della regolazione del mercato finanziario italiano (c.d. riforma del risparmio) le class actions sono state considerate eccellenti strumenti di deterrenza nei confronti delle pratiche scorrette degli operatori professionali e di miglioramento del livello di tutela processuale degli investitori. In questo modo se ne è proposto l'inserimento attraverso talune proposte di legge che presentano un approccio più meditato e completo rispetto a quelle di matrice consumeristica.

L'A.C. 4747 (On. Letta e altri) segue il modello statunitense dell'azione rappresentativa (che, tuttavia, viene etichettata come azione collettiva) essendo espressamente prevista l'autorizzazione giudiziale a far valere diritti altrui. Il modello, tuttavia, consente il ricorso al rimedio solo all'attore e sembra caratterizzato dall'assenza di preclusioni temporali per l'esercizio del diritto di uscita (opt-out) con pericolosi risvolti per l'incertezza e l'instabilità nella composizione della classe.

L'A.C. 4639 (On. Fassino e altri) affianca all'azione rappresentativa la legittimazione della CONSOB ad agire per il risarcimento dei danni (anche punitivi) derivanti da pratiche censurabili poste in essere dai soggetti dalla stessa vigilati. La proposta che fa ampio ricorso alla delega legislativa sembra fare implicito riferimento a meccanismi di adesione espressa in quanto consente l'allargamento della classe nel corso del giudizio ("apportare modifiche al codice civile, affinché gli effetti di giudicato della sentenza emessa siano estesi a tutti i soggetti della stessa classe che vi abbiano aderito espressamente, consentendo loro di aderire, integrando il contraddittorio, in ogni fase e stato del giudizio", art. 30, comma 2, lett.

m) e prevede che la transazione possa essere efficace solo in caso di adesione espressa all'azione rappresentativa.

⁽⁹⁾ Per l'analisi della normativa e delle relative applicazioni giurisprudenziali circa i menzionati strumenti di risoluzione del contenzioso seriale in forma aggregata che, contrariamente a quanto di recente sostenuto (Bellini, *Class actions e mercato finanziario: l'esperienza nordamericana*, in *Danno e resp.* 2005, 817, "...class actions, nate ed evolute unicamente negli Stati Uniti...") non costituiscono una "specie rara" stanziata solo negli Stati Uniti, sia consentito rinviare a Fava, *L'importabilità delle class actions in Italia*, cit. nonché Id., *Class actions all'italiana: "Paese che vai usanza che trovi"* (l'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge n. 3838 e 3839), cit., in cui si forniscono altresì talune motivate considerazioni sulle possibilità di aggiornare, anche alla luce delle esigenze imposte dall'evoluzione dell'economia globalizzata, i principi tradizionali dell'ordinamento processuale interno al fine di consentire un trapianto senza rigetto delle azioni rappresentative nel rispetto delle specificità del sistema nazionale.

La tesi ha trovato di recente largo seguito anche nella dottrina più autorevole che ribalta le perplessità e il giudizio negativo dell'orientamento tradizionale (Rescigno, *Sulla compatibilità tra il modello processuale delle class actions ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, 2224).

Consolo (Fra nuovi riti civili e riscoperta delle class actions, alla ricerca di una "giusta" efficienza, in questa Rivista, 2004, 5, 565), cautamente favorevole, invita a maggiori riflessioni tecniche ("sembra importante, per l'efficienza della giustizia, introdurre qualche forma di azione collettiva che vada al di là di quella in materia inibitoria di clausole abusive e di quella sempre inibitoria in materia di consumatori... introdurre le class actions in Italia significa anche creare sistemi di deterrenza civile senza i quali evidentemente episodi significativi di prassi purtroppo generalizzate continueranno a non essere sanzionati se non con un'inefficienza di cui avremo prova una volta di più in materia per intanto di bonds decotti").

Giussani e Zoppini (*Tutela del risparmio e mercati finanziari: una ricetta italiana per la "class actions"*, in *Guida al diritto*, 2004, n. 27, 11) con il conforto del dato comparato ritengono che l'azione collettiva, pur se con i necessari correttivi, possa contribuire ad una gestione economica della giustizia ("L'azione collettiva a tutela dei diritti individuali omogenei è una nuova tecnologia del processo che si va diffondendo ormai in tutto il mondo - l'hanno di recente introdotta in varie forme, fra gli ormai numerosissimi ordinamenti il cui sviluppo sembra meritare speciale attenzione, l'Inghilterra, la Svezia, la Spagna, la Cina - con diversi miglioramenti dei suoi dispositivi di sicurezza: è perfettamente ragionevole cercare di adattarla alle strade della giustizia civile europea, ma ritenerla in linea di principio antieconomica è come suggerire che si debbano eliminare gli autobus e lasciare ai piedi chiunque non possa o non voglia pagarsi il taxi. Il progetto Letta-Maccanico-Pinza quindi, non contempla pericolosi e irragionevoli inseguimenti del modello americano: si intende piuttosto sia promuovere l'efficienza delle imprese, sia garantire l'effettività della tutela dei diritti individuali, e ciò avvalendosi in maniera doverosamente informata e critica dei risultati delle più recenti ricerche comparatistiche").

Menchini (Per i "mass torts" e le azioni collettive la necessità di adattare i modelli stranieri, in *Guida al diritto*, 2004, n. 24, 11) ritiene insufficiente il solo "modello europeo" (Verbandsklage) che si fonda esclusivamente sull'attribuzione della legittimazione ad agire ad

enti esponenziali e associazioni ("Evidente è l'insufficienza di questo sistema nei casi di danni provocati a una molteplicità di soggetti in forza di analoghi comportamenti illeciti").

Con particolare riferimento al processo amministrativo, Caringella (Corso di diritto amministrativo, Milano, 2004, 632), evidenziando gli ostacoli tradizionalmente posti dagli artt. 26 T.U.C.d.S. e 4 L.TAR (che collegano la legittimazione a ricorrere alla natura individuale degli interessi attivati), mostra particolare interesse per lo strumento ("A fronte di questa disarmonia tra l'esigenza ormai penetrata nel comune sentire di tutela degli interessi seriali e questa impostazione normativa, le strade percorribili sono fondamentalmente due: una di tipo legislativo ed una di tipo interpretativo. Seguendo la prima il Legislatore dovrebbe prendere atto dell'arretratezza della disciplina positiva e introdurre un nuovo sistema di accesso alla giurisdizionale, svincolato dalla natura individuale della posizione soggettiva dedotta in giudizio. In questa direzione sarebbe stato possibile introdurre nel nostro processo amministrativo forme di tutela mutate ad esempio dal diritto anglo-americano di cui sono da tempo conosciute le c.d. class actions, cioè azioni volte a tutela di interessi politici e più in generale di interessi lato sensu collettivi").

Di recente Maccaboni (Frodi finanziarie, azioni di gruppo e risarcimento del danno non patrimoniale: il caso Banco Ambrosiano, in *Danno e resp.* 2005, 755), riprendendo molti degli spunti altrove già approfonditi (cfr. P.Fava, *L'importabilità delle class actions in Italia*, *Contratto e Impresa*, cit. nonché Id., *Class Actions all'italiana: "Paese che vai usanza che trovi"* (l'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge n. 3838 e 3839), cit.), mette in evidenza attraverso l'analisi concreta del caso Banco Ambrosiano come, pur se dall'applicazione delle class actions potrebbero scaturire benefici e vantaggi, il dibattito dottrinale e legislativo sia ancora aperto.

Non si ritengono condivisibili né convincenti le considerazioni espresse da Lener (*L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano del mercato finanziario*, in *Giur. comm.* 2005, I, 269). In considerazione della tradizionale concentrazione che caratterizza gli assetti proprietari delle società italiane nonché del carente attivismo dei piccoli azionisti (scarso utilizzo degli strumenti di sollecitazione delle deleghe di voto e delle azioni di responsabilità delle minoranze) e degli investitori istituzionali si ritiene, in modo del tutto aprioristico e in contrasto con le testimonianze risultanti dai recenti scandali finanziari italiani, che in Italia potrebbe essere inutile introdurre le class actions per la carenza di soggetti realmente interessati ad avvalersene ("il trapianto dell'istituto nella nostra esperienza giuridica potrebbe invece condurre a una "crisi di rigetto" per l'opposta ragione della carenza di soggetti realmente interessati ad avvalersene"). L'affermazione, peraltro condizionata dalla prospettiva limitante della materia societaria e finanziaria, non solo è discutibile in relazione alla specifica materia toccata ma soffre di un approccio settoriale non opportuno posto che le class actions non sono solo dirette a migliorare la tutela degli investitori (svolgendo un importante ruolo deterrente nei confronti delle pratiche illecite degli operatori professionali) ma anche a risolvere questioni processuali trasversali che interessano tutto il contenzioso seriale rendendo più efficiente ed economica la gestione dello stesso e aumentando, in ultima analisi, la competitività del sistema.

Per i contributi dottrinari italiani che precedono le recenti iniziative di regolazione comunitaria e nazionale nonché gli scandali finanziari e anticoncorrenziali che hanno rivitalizzato l'interesse verso lo strumento, taluni anche condizionati dalla necessità di dare

risposta alle preoccupazioni delle multinazionali del tabacco statunitensi all'epoca della c.d. tabacco litigation circa la non praticabilità delle class actions in Italia, cfr. Taruffo, I limiti soggettivi del giudicato e le "class actions", in Riv. dir. proc., 1969, 609; Id., "Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni (I), ivi, 1971, 651; Id., "Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni (II), ivi 1972, 272; Patti, L'esperienza delle "class actions" in due libri recenti, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1979, 1559; Dondi, Funzione "remedial" delle "injunctive class actions", ivi, 1988, 245; Giussani, Le mass tort class actions negli Stati Uniti d'America, in Riv. crit. dir. priv., 1988, 331; Id., Un libro sulla storia della "class action", ivi 1989, 171; Id., La prova statistica nelle "class actions", in Riv. dir. proc. 1989, 1029; Id., Studi sulle "class actions", Padova, 1996; Consolo, Class actions fuori dagli USA? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima), in Riv. dir. civ., 1993, I, 609; Ponzanelli, "Class action", tutela dei fumatori e circolazione dei modelli giuridici, in Foro it., 1995, IV, 305; Scuffi, Azione collettiva in difesa dei consumatori: legittimazione e tecniche processuali, in Il Giudice di pace, 1998, 317; Rescigno, Sulla compatibilità tra il modello processuale delle class actions ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, in Giur. it., 2000, 2224; Corapi, La tutela dei consumatori e degli investitori nel diritto statunitense: class actions e derivative suits, in Rass. Giur. Energia Elettr. 2003, 401. Sulla derivative action statunitense cfr. anche Bisogni, La derivative action nel sistema di governo della public corporation, in Riv. dir. comm., 1996, I, 191.

⁽¹⁰⁾ Fava, L'importabilità delle class actions in Italia, cit. e nonché Id., Class actions all'italiana: "Paese che vai usanza che trovi" (l'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge n. 3838 e 3839), cit.

⁽¹¹⁾ Il V Emendamento della Costituzione federale statunitense (No person shall be deprived of life, liberty, or property without due process of law) prevede il principio del due process of law che, affinché si verifichi la produzione degli effetti processuali del provvedimento giurisdizionale nella sfera giuridica del soggetto nei cui confronti si agisce, impone di far acquistare allo stesso la qualità di parte processuale.

⁽¹²⁾ Class actions Fairness Act 2005, firmato dal Presidente Bush il 18 febbraio 2005 dopo l'approvazione definitiva del Senato (10 febbraio 2005) e della Camera (17 febbraio 2005), in www.law.cornell.edu.

⁽¹³⁾ Per i dettagli relativi al funzionamento degli strumenti utilizzati negli Stati Uniti, in Canada, in Australia e in Inghilterra cfr. Fava, L'importabilità delle class actions in Italia, cit. nonché Id., Class actions all'italiana: "Paese che vai usanza che trovi" (l'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge n. 3838 e 3839), cit.

⁽¹⁴⁾ Consolo-Rizzardo, Class actions "fuori dagli USA": qualcosa si muove anche alle nostre (ex-) frontiere settentrionali almeno quanto al "case management", in Int'l Lis, 2006, 1, 38. Gli autori chiariscono come la legge tedesca, a differenza di quella inglese che, per converso, attribuisce al giudice ampi poteri di case management, prevede una disciplina minuziosa di ogni fase del processo collettivo che, partendo dal Tribunale di primo grado (competente ad adottare il Vorlagebeschluss, provvedimento omologo alla certification statunitense), passa alla Corte d'appello, cui è rimessa la soluzione delle questioni comuni, per ritornare da ultimo nuovamente al Tribunale per la soluzione definitiva della controversia nei suoi aspetti individuali. In quest'ultima fase del processo collettivo la decisione della Corte d'appello sulle

questioni comuni (Musterentscheid) vincola i Tribunali a meno che non si deduca con successo l'inadeguatezza nella definizione della strategia processuale e nella conduzione del processo contro il convenuto comune dell'attore principale (e del suo legale - Musterkläger), selezionato dalla Corte d'appello secondo il criterio della migliore convenienza (nach billigem Ermessen). Nel sistema tedesco l'adozione del provvedimento di consolidamento comporta che tutti i processi pendenti vanno sospesi d'ufficio e l'ordinanza di sospensione produce l'effetto di una chiamata in giudizio presso la Corte d'appello innanzi alla quale tutti coloro che non siano stati selezionati come attore principale assumono una posizione simile a quella degli intervenienti per ordine del giudice che, pur svolgendo un ruolo di secondo piano nella conduzione del processo, possono comunque integrare le allegazioni e le difese del Musterkläger, con l'unico limite che le loro azioni e dichiarazioni non devono porsi in contrasto con quelle della parte principale (Consolo-Rizzardo, Class actions "fuori dagli USA" ..cit.).

⁽¹⁵⁾ Si pensi ai decreti ingiuntivi ottenuti da taluni dipendenti allegando la sola pronuncia del Tribunale di Pisa 9 gennaio 2004, n. 726/03 che aveva, per così dire, "aperto il filone".

⁽¹⁶⁾ La limitazione alla materia consumeristica è prevista dai disegni di legge A.C. 3838, A.C. 3839 e S 3058 citati sub nota 7.

Si è già messo in evidenza come questo aspetto è destinato a produrre incertezze applicative a partire dall'identificazione del campo di applicazione della normativa approvanda non solo perché la nozione di consumatore non è affatto consolidata ma anche perché non risultano circoscrivibili, tra l'altro, né la materia consumeristica né i poteri rimessi al consumatore.

Si segnalano due dei "casi" processuali recenti più significativi.

Sulla mancanza di chiarezza e consolidamento della nozione di consumatore si segnala che la Consulta (ordinanza 16 luglio 2004, n. 235, in Foro it., 2005, I, 992), dichiarando manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1469 bis c.c. per contrasto con l'art. 3 Cost. nella parte in cui non include nella nozione di consumatore anche il beneficiario non contraente della polizza infortuni cumulativa stipulata dal datore di lavoro titolare di un autonomo e non derivato diritto ai vantaggi dell'assicurazione, ha correttamente rimesso la soluzione della problematica circa l'equiparabilità del menzionato lavoratore assicurato al consumatore contraente individuale al giudice a quo (Trib. Napoli, ordinanze 22 luglio e 21 novembre 2002 nonché 11 marzo e 29 aprile 2003 che si è commentato in L'estensione della necessaria facoltatività delle perizie contrattuali alle polizze infortuni cumulative: i lavoratori assicurati sono consumatori ex art. 1469 bis c.c., in questa Rivista, 2003, 5, 659) che non aveva nemmeno tentato di dare alla norma un'interpretazione conforme a Costituzione in palese violazione dell'obbligo di verificare la praticabilità di vie ermeneutiche costituzionalmente orientate.

Con riferimento all'incertezza dei rimedi a disposizione del consumatore si segnala la vicenda dei rimborsi dei premi R.C.A. Le Sezioni Unite della Suprema Corte (sentenza 4 febbraio 2005, n. 2207, in Foro it., 2005, I, 1014; in questa Rivista, 2005, 3, 333 con note di Pagni e Negri nonché ivi, 2005, 8, 1093 con nota di Libertini), interessate con l'ordinanza 17 ottobre 2003, n. 15538, della Sezione III (in Foro it., 2003, I, 2938), hanno finalmente ribaltato l'orientamento espresso nella pronuncia 9 dicembre 2002, n. 17475 della Sezione I. Le S.U. hanno affermato che il consumatore è direttamente tutelato dalla normativa sulla concorrenza ed è conseguentemente legittimato ad agire con i relativi rimedi riprendendo talune

considerazioni già espresse in occasione delle dure critiche mosse alla pronuncia 17475/02 (cfr. Fava, L'importabilità delle class actions in Italia, cit. 177-183 nonché Id., Class actions all'italiana..., cit. 409-412 per i riferimenti al diritto statunitense e comunitario nonché alle relative applicazioni giurisprudenziali non perfettamente conosciuti e/o fraintesi dalla sentenza della Cassazione del 2002 che pur ad essi si richiamava) che, viceversa, era stata accolta favorevolmente dalla dottrina quasi unanime (Guizzi, Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare, in Foro it., 2004, I, 479 afferma che l'interesse del consumatore è un "interesse di mero fatto, come tale non tutelabile in via giurisdizionale"; Castronovo, Antitrust e abuso di responsabilità civile, in Danno e resp., 2004, 469 e Id., Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi, ivi, 2004, 1165; in senso contrario Libertini, Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust, ivi, 2004, 933).

⁽¹⁷⁾ Come previsto dalle proposte A.C. 4639 e A.C. 4747.

⁽¹⁸⁾ Lo stesso Avvocato Generale dello Stato, Avv. Oscar Fiumara, ha segnalato alle Autorità presenti alla cerimonia del suo insediamento tenutasi il 25 ottobre 2005, l'opportunità che l'Avvocatura dello Stato svolga un ruolo chiave nella selezione delle cause pilota ("un cenno va fatto alla recente esperienza del contenzioso seriale promosso da vaste platee di consumatori, a volte per effetto di provvedimenti delle autorità indipendenti (si pensi alla vicenda dei rimborsi dei premi assicurativi in materia di responsabilità automobilistica), o in relazione a vicende di grande impatto sociale (si pensi alla tutela del risparmio o alla tutela della salute da rischi di massa); alcune proposte legislative tendono ad introdurre lo strumento della class action allo scopo di ridurre i costi processuali e di favorire soluzioni rapide e giuridicamente omogenee: in tale ambito l'Avvocatura dello Stato, per le descritte sue caratteristiche, oltre che prevenire o contenere tali tipi di contenzioso, potrebbe utilmente intervenire nella delicata fase preliminare di selezione delle cause pilota", Discorso di insediamento dell'Avvocato Generale dello Stato, Avv. Oscar Fiumara, in Rass. Avv. Stato, 2005, n. 2).

⁽¹⁹⁾ Le pericolose sovrapposizioni e la mancanza dei dovuti distinguo sono ancora presenti anche nella dottrina più recente. Cfr. Rescigno, L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano. Profili generali, in Giur. comm. 2005, I, 407 ("...se ancora non può dirsi introdotta nel nostro ordinamento la class action di cui si discute in questo convegno, tuttavia il riconoscimento della tutela processuale degli interessi diffusi - e segnatamente degli interessi ai quali principalmente si rivolge lo strumento della class action: quelli dei consumatori dei beni e dei servizi prodotti e prestati dalle imprese (di cui uno degli esempi più importanti è appunto quello del risparmiatore che affida agli intermediari il proprio denaro a fini di investimento) ha compiuto significativi passi avanti").