LUISS Guido Carli
LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI

Facoltà di Giurisprudenza
Cattedra di DIRITTO PRIVATO COMPARATO

LA *CLASS ACTION*: PROSPETTIVA COMPARATA E MARGINI DI LEGAL TRANSPLANT

RELATORE
Chiar.mo Prof.
Eugenio Ruggiero

CANDIDATO
Alessandro Pisani
Matr.: 121293

CORRELATORE
Chiar.ma Prof.ssa
Barbara De Donno

Anno Accademico 2017-2018

'L'ingiustizia avvelena anche
in dosi omeopatiche'

PIERO CALAMANDREI,
Elogio dei giudici, Firenze,
1989, p.340

INDICE

INTRODUZIONE.....6

CAPITOLO PRIMO.....13

Profili della tutela giurisdizionale collettiva.....13

1. *Mass torts* e responsabilità civile.....13

2. La controversa configurazione dogmatica degli interessi sovraindividuali....31

3. La tutela giurisdizionale: i limiti dell'azione individuale.....45

4. La legittimazione ad agire.....55

5. I limiti soggettivi del giudicato.....66

6. Considerazioni d'insieme.....73

CAPITOLO SECONDO.....81

Class action* statunitense e importabilità nei sistemi di *civil law.....81

1. Considerazioni introduttive: il *regulatory pluralism* negli USA.....81

2. Fondamento normativo: la *Rule 23*.....86

3. Il ruolo del giudice: *certification, notice* e gestione "manageriale" del procedimento.....94

4. La funzione propulsiva dell' "imprenditoria forense".....100

5. L'esito conciliativo e il rischio delle pratiche abusive.....115

6. *Punitive damages* e funzione di deterrenza.....129

7. La prospettiva comparata.....133

CAPITOLO TERZO 138
L'azione di classe in Italia 138
1. Considerazioni introduttive: genesi ed evoluzione normativa 138
2. Ambito di applicazione: il modello consumeristico (art. 140-*bis* Cod. cons.) 147
3. La legittimazione "*ibrida*" 166
4. La fase cd. di "filtro" e il ruolo del giudice 180
5. Effetti del giudizio 189
6. La transazione nella lite di classe 192

CONCLUSIONI 195

BIBLIOGRAFIA 205

INTRODUZIONE

Nel 1961 in un influente contributo[1] per il futuro dibattito di lì ancora da venire Guido Calabresi[2] pose in discussione l'allora prevalente assunto secondo cui disperdere e frazionare i giudizi, anziché concentrarli, fosse la soluzione più efficiente, osservando piuttosto che «the real burden of a loss is smaller the more people share it»[3].

Soltanto alcuni anni dopo, in un altro determinante scritto per gli studi sulla teoria delle decisioni razionali Mancur Olson[4], muovendo dalla premessa che le iniziative individuali disorganiche spesso si rivelino meno efficienti di quelle frutto di aggregazione e coordinamento, giungeva a dimostrare l'illogicità della tesi dominante in ambito sociologico che considerava la comunanza di interessi fra individui un incentivo sufficiente alla formazione di un gruppo compatto per il loro perseguimento[5].

Nonostante le due ricerche non fossero tra loro direttamente correlate, le argomentazioni sviluppate in ambedue hanno rappresentato uno snodo decisivo nella teoria dei gruppi sociali e, parallelamente, per quel che attiene più specificamente al prosieguo della

---

[1] '*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Tort'*, in *Yale Law Journal*, 1961, p.499 ss. Poi confluito nel più impegnativo contributo '*The Cost of Accidents: a Legal and Economic Analysis*', New Heaven, 1970 (trad. it., Costo degli incidenti e responsabilità civile: analisi economico-giuridica, Milano, 1975)

[2] giurista italiano naturalizzato statunitense, considerato insieme a Ronald Coase, il fondatore dell'analisi economica del diritto.

[3] *ibidem*, p. 517

[4] *'The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*', Harvard University Press, 1965, v. anche trad. it., *La logica dell'azione collettiva: i beni pubblici e la teoria dei gruppi*, Feltrinelli, 1983)

[5] *ibidem* si osserva infatti «Thus many students of politics in the United States for a long time supposed that citizens with a common political interest would organize and lobby to serve that interest. Each individual in the population would be in one or more groups and the vector of pressures of these competing groups explained the outcomes of the political process. Similarly, it was often assumed that if workers, farmers, or consumers faced monopolies harmful to their interests, they would eventually attain countervailing power through organizations such as labor unions or farm organizations that obtained market power and protective government action.»

trattazione, la principale giustificazione teorica per l'introduzione di valide soluzioni tecnico-giuridiche al problema della gestione delle controversie collettive e del contenzioso di massa (cd. «*group» o «mass» litigation*).

Non si trattava dunque di una affinità puramente casuale: cominciava ad affacciarsi trasversalmente nella comunità accademica una problematica inedita, dirompente per finalità perseguite ed elaborazioni dottrinali sollecitate, sintetizzabile nei seguenti termini: predisporre forme di tutela collettiva come reazione ad un medesimo fatto illecito plurioffensivo imputabile ad uno unico macrosoggetto economico (tipicamente un'impresa), intendendosi con tale espressione una condotta che, oltre a ledere le situazioni soggettive individuali, pregiudica anche autonome posizioni di rilevanza collettiva. Un nuovo istituto processuale dunque forgiato per consentire ad una molteplicità più o meno omogenea di soggetti danneggiati dal medesimo evento abusivo di ottenere accesso alla giustizia "collettivamente", in forza di un'iniziativa unitaria innanzi ad un'unica giurisdizione.

Appare fin da subito evidente che i fenomeni lesivi dei diritti di più soggetti sono tali da esplicare la loro portata su piani estremamente dissimili: anzitutto, quello politico, per le responsabilità da ascrivere al legislatore di individuare e predisporre soluzioni efficaci al problema; quindi quello economico, laddove spesso le dinamiche produttive si fondano sulla consapevolezza che, in caso di lesioni di massa, l'esposizione risarcitoria dell'impresa sarà comunque limitata o che in alternativa ad un maggior rischio si accompagnerà un aumento dei prezzi dei prodotti in uscita; infine quello strettamente giuridico, in relazione alle difficoltà operative nascenti da un contenzioso collettivo che vede coinvolte posizioni contrapposte, articolate e meritevoli a loro modo di tutela. Da quest'ultima ottica si tratta invero di uno degli eventi che più hanno segnato la cultura civilistica contemporanea, comportando una significativa rottura rispetto alla tradizione pregressa ed inducendo ad un ripensamento complessivo delle categorie dogmatiche consolidate fin a quel punto[6]. Infatti fino agli anni Sessanta dello scorso secolo la tematica intorno alle forme giudiziali aggregate

[6] cfr. per ulteriori approfondimenti su questi aspetti si rimanda a VIGORITI, '*Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro'*, in *Contratto e impresa*, 2008, p. 729 ss.

di tutela dei diritti non aveva ancora prodotto alcun risultato pratico negli ordinamenti in cui era vivacemente discussa, con la sola significativa eccezione degli Stati Uniti in cui la cd. *group litigation* aveva già da tempo trovato peculiare declinazione nell'istituto della *class action*. E neppure questo è un caso. In presenza di una struttura economica già avanzata come quella nordamericana, le insufficienze dei sistemi di tutela basati sull'affermazione giudiziale di diritti a carattere necessariamente individuale erano emerse molto tempo prima che nei paesi di *civil law* dell'Europa continentale.

Conseguentemente, per comprendere la natura composita della moderna «*group litigation*», bisogna tenere in debita considerazione un ampio spettro di fattori[7]. Fattori che possono essere identificati osservando la complessità delle conseguenze giuridiche nascenti dall'odierno fenomeno della globalizzazione economica, finanziaria, commerciale, la cui esaustiva trattazione esula naturalmente dall'oggetto del presente scritto, ma che ciò non di meno merita una riflessione di carattere generale.

In una società globalizzata, un numero crescente di relazioni e situazioni giuridiche non possono più essere ricondotte e interpretate soltanto entro gli angusti confini nazionali. Molti dei fenomeni che un tempo interessavano la sola sfera nazionale per la ristretta consistenza e proporzione geografica, oggigiorno con crescente frequenza si trasformano in complesse questioni giuridiche di portata transnazionale e talvolta globale. Coerentemente a ciò, l'estensione dei gruppi di consociati esposti a danni e pregiudizi di carattere illecito tendono a espandersi molto oltre la consueta dimensione dei ridotti gruppi presenti nei singoli contesti nazionali a cui si era abituati a pensare. Solo per fare qualche esempio: l'inquinamento ambientale, l'immissione sul mercato di prodotti difettosi o dannosi per la salute umana, le pratiche commerciali e pubblicitarie ingannevoli, la vendita di beni e servizi online, le frodi finanziarie, non sono più problemi soltanto locali, riguardanti alcune aree territoriali specifiche e delimitate, atteso che l'organizzazione transnazionale della produzione industriale consente alle grandi imprese di svolgere agevolmente la propria attività su scala globale. Le

[7] Per una visione d'insieme delle premesse dell'indagine in esame, v. TARUFFO, *'Some remarks on group litigation in comparative perspective?'*, in 11 *Duke J. Comp. Int'l Law*, 2001, p. 405-422

recenti tendenze, su cui ci si è brevemente soffermati e la cui estensione effettiva è ancora difficile da immaginare, sollevano, in una società sempre più complessa, imponenti sfide sul terreno della ricerca di modalità di salvaguardia e rafforzamento dei valori giuridici coessenziali alla tradizione democratica occidentale, fra cui l'effettività dell'accesso alla giustizia e l'efficacia della tutela giurisdizionale dei diritti individuali. Peraltro, per affrontare la questione sotto l'angolatura prospettica del giurista, vale la pena approfondire la struttura economica sottostante al fenomeno, posto che non può darsi una cultura giuridica che da essa non ne venga influenzata e da cui a sua volta non muova per tentare di inciderla e adattarla all'incessante mutamento delle esigenze sociali. In altri termini l'emersione di una dimensione collettiva dei diritti non è un aspetto isolato e impermeabile all'analisi interdisciplinare. Piuttosto si presenta come il momento di una fenomenologia più ampia nel cui contesto deve essere inquadrata e considerata. Solo ciò premesso potrà darsi una trattazione giuridica adeguata[8].

Il punto di partenza è che una economia di massa potenzialmente genera illeciti «plurioffensivi», idonei cioè a ledere similmente le posizioni giuridiche di una cerchia più o meno estesa di soggetti. Nelle avanzate economie di mercato strutturalmente caratterizzate da processi produttivi e distributivi su larga scala, le attività di impresa sono suscettibili di arrecare pregiudizio ai diritti e interessi di una moltitudine, astrattamente indefinita, di soggetti, in ragione delle molteplici vesti che la persona umana variamente assume (e spesso cumula), contrattualmente e non, nell'ambito di tale sistema: quella di consumatore, di utente, di risparmiatore, di investitore, di assicurato, e via dicendo.

Mentre gli sviluppi economici dietro il problema degli illeciti di massa sono visibili e sotto gli occhi di tutti, le loro implicazioni sono meno immediate da apprezzare. Gli illeciti di

[8] Autorevole dottrina pone in luce l'assoluto e indefettibile rilievo dell'intersezione delle categorie economica e giuridica: «intento comune a chi si accinge a esaminare economicamente il diritto è tanto quello di accertare la rispondenza tra esigenze economiche e strumenti giuridici, tra operare del mercato libero e operare del mercato regolato, quanto quello di accertare il costo degli strumenti giuridici, i loro effetti indotti, l'alterazione che essi producono nella situazione di mercato, i caratteri che imprimono al mercato stesso, i fattori complessi di cui si fanno tramite per poter determinare un particolare 'gioco del mercato'» (ALPA, '*Il metodo nel diritto civile'*, in *Contratto e impresa* , 2000, p.357)

massa sono il sottoprodotto dell'industrializzazione moderna, con i suoi processi standardizzati di produzione e vendita su scala senza precedenti. Come in ogni procedimento complesso, esiste un margine latente di errore, anche se accidentale. La scala di produzione e di vendita ovviamente non può che moltiplicare gli effetti negativi di ogni errore che si riversano sul mercato, innescando conseguenze umane e giuridiche dirompenti. E' appena il caso di notare che la vastità delle questioni astrattamente deducibili in giudizio in conseguenza di tali fenomeni traggono ulteriore linfa dai nuovi veicoli di accumulazione di capitali che l'economia moderna conosce[9].

La portata di tali fenomeni solleva l'istanza di trascendere la dimensione individualistica propria della tutela civilistica tradizionale per realizzare una protezione collettiva degli interessi omogenei coinvolti: «Il sistema capitalistico della produzione causa la prassi dei comportamenti collettivi uniformi ed il corrispondente dimensionamento dell'organizzazione sociale, il transito dal protagonismo dell'uomo-monade a quello del "*Kollektivmensch*"»[10].

In questo nuovo scenario anche il diritto deve approntare adeguata protezione da violazioni che coinvolgono categorie, gruppi, classi e non più singoli individui isolatamente. La produzione e la distribuzione di massa rendono, in definitiva, inadeguata la tutela individuale incentrata sull'affermazione del diritto soggettivo: il cd. «principio individualista» che informa la concezione civilistica tradizionale[11]. Di qui l'esigenza di introdurre nuovi

[9] La casistica è sterminata: si pensi a titolo meramente esemplificativo alle pratiche abusive nei confronti delle imprese concorrenti; alle pratiche commerciali ingannevoli per i consumatori; alla commercializzazione di prodotti difettosi o tali da compromettere la salute umana; alla previsione di condizioni contrattuali vessatorie; alla divulgazione di dati informativi alterati e falsati sul mercato di capitali. I settori potenzialmente coinvolti sono altrettanto numerosi: multinazionali produttrici di beni destinati al consumo di massa, banche, compagnie di assicurazioni, società telefoniche, società quotate, società di rating. E si badi, è appena il caso di notare che il fenomeno non attiene unicamente al settore produttivo privato, ma involge anche gli svariati ambiti in cui la pubblica amministrazione svolge funzioni di welfare producendo servizi destinati alla comunità.

[10] COSÌ DONATI, '*Azione collettiva e diritto soggettivo collettivo'*, in *Contratto e impresa*, 4-5, 2010, 927 ss.

[11] Sotto il profilo descrittivo del fenomeno si richiamano le osservazioni di CAPPELLETTI, '*Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi',* in *Le azioni a tutela degli interessi collettivi, Atti del Convegno di Studio - Pavia 11-12 giugno 1974*, Cedam, 1976, p.207, il quale esprime l'invito a introdurre una «forma nuova, che chiamerei di garantismo sociale collettivo, che significa superamento […] del garantismo in senso individualistico tradizionale » e conclude associandosi al monito presente in POUND, '*Law in Books and Law in Action',* in *America Law Review*, 1910: evitare che «the law in the books become different from the law in action, creating a gulf between social justice, which is the end men are seeking today, and legal justice».

istituti e congegni processuali tali da conformare il diritto alla mutata realtà fattuale. Che in concreto equivale a gettare le fondamenta per una tutela giurisdizionale collettiva come reazione agli eventi illeciti collaterali di una economia di massa.

E' dunque l'inadeguatezza pratica delle categorie preesistenti ad indurre alla ricerca di soluzioni assolutamente inedite e dirompenti in grado di scalfire la rigidità dello strumentario concettuale tradizionale: «la *class action* costituisce l'estrinsecazione pratica e piuttosto radicale del convincimento che non si possono fronteggiare e risolvere problemi di dimensione superindividuale facendo sempre riferimento ai principi e agli strumenti forgiati a misura e a dimensione individuale»[12].

[12] Se ne avvede con acutezza CONSOLO, '*Class actions fuori dagli USA?' (Un' indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima),* in *Rivista di diritto civile,* 1993, p. 609-670.

CAPITOLO PRIMO

Profili della tutela giurisdizionale collettiva

SOMMARIO: **1.** *Mass torts* e responsabilità civile. **1.1.** Fondamento e caratteristiche. **1.2.** Le dinamiche del contenzioso seriale. **1.3.** Accesso alla giustizia. – **2.** La controversa configurazione dogmatica degli interessi sovraindividuali. **2.1**. Tesi oggettiva. **2.2.** Tesi soggettiva. – **3.** La tutela giurisdizionale: i limiti dell'azione individuale. (segue) L'obbligo di condotta: un possibile raccordo fra diritto soggettivo e tutela collettiva. – **4.** La legittimazione ad agire. **4.1.** Legittimazione concentrata. **4.2.** Legittimazione diffusa. – **5.** I limiti soggettivi del giudicato. – **6.** Considerazioni d'insieme.

1. *Mass torts* e responsabilità civile

Ciò premesso l'indagine volge ad affrontare più specificamente la tematica dei «danni di massa» (o danni diffusi) in vista del loro inquadramento e della possibile categorizzazione giuridica. In area anglosassone (e specificamente statunitense) da tempo è stata elaborata la figura dei «*mass torts»,* endiadi che comunemente denota il fenomeno e che immediatamente richiama da un lato la categoria del "*tort"*, ovverosia, dell'illecito civile e dall'altro la pluralità, "*mass*", dei soggetti coinvolti e la portata degli effetti dannosi prodotti dal primo[13]. Dunque in prima approssimazione si tratta di illeciti civili forieri di danni nei confronti di pluralità, quantitativamente significative, di soggetti che si trovano in una situazione di vantaggio

[13] Per un rapido sguardo d'insieme sulla nascita e lo sviluppo dei *mass torts* si rinvia a AA.VV., '*Understanding Mass Personal Injury Litigation*', RAND Institut of Civil Justice, consultabile al link https://www.rand.org/pubs/research_briefs/RB9021/index1.html nonché il capitolo 3 "*Virtues and Vices*" (p.99 ss.) dell'opera *'Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain'*, RAND Institute for Civil Justice, 2000, a cura di HENSLER.

"isomorfo" (a carattere per lo più risarcitorio), ossia di ampiezza simile quanto alla fonte, ma più o meno variabile caso per caso in ragione del contenuto specifico incorporato. La dipendenza della tutela dei diritti dei danneggiati dalla risoluzione di una questione comune di fatto o di diritto avrà come effetto necessario la "serialità" del contenzioso**,** a sua volta foriero di complesse problematiche la cui trattazione si rivelerà decisiva nel prosieguo.

1.1. Fondamento e caratteristiche

Il profilo da considerare preliminarmente è proprio quello relativo all'individuazione dell'oggetto della tematica e alla definizione dei suoi confini. Vale a dire rispondere al quesito, tutt'altro che banale, su che cosa si intenda per *mass torts.* Emergono anzitutto con evidenza difficoltà qualificatorie dovute all'eterogeneità delle ipotesi nonché alla varietà di tipologie di eventi ricompresi nella categoria. Basti pensare che prendendo a riferimento l'*eventus damni*, quale presupposto di appartenenza, vi rientrerebbero astrattamente sia eventi plurimi e seriali in cui cioè il danno si produce per effetto di una condotta abituale cui corrisponde un'esposizione prolungata al rischio[14]; sia il caso di lesioni a catena cagionate da un prodotto difettoso immesso in un mercato rilevante per dimensioni[15]; sia ancora eventi consistenti in un unico accadimento causativo (attivo o omissivo) che lede simultaneamente un numero elevato di soggetti[16].

[14] Si pensi ad es. all'assunzione continuata di farmaci dannosi o l'inalazione di sostanze tossiche per la salute umana quali amianto, talidomide, e via dicendo.

[15] E' il caso molto attuale delle automobili Volkswagen coinvolte nello scandalo a causa di un sistema "truccato" di rilevazione delle emissione inquinanti: http://www.bbc.com/news/business-34324772.

[16] Un'esaustiva analisi della complessità sostanziale-processuale delle ipotesi astrattamente prospettabili si trova in WEINSTEIN, *'Individual Justice in Mass Tort Litigation, The Effect of Class Actions, Consolidations, and other Multiparty Devices'*, Evaston, 1995, p. 16 ss., ove si individuano quattro principali «types of disasters»: a) «clear cause – single event – injuries proximate in time and space» (è il caso dell'incidente aereo, perdita di sostanza velenose da impianti industriali, ecc.); b) «clear cause – multiple events injuries non-proximate in place» (è l'ipotesi di un prodotto commerciale la cui dannosità è altamente probabile ed i cui effetti si realizzano in uno spazio temporale verosimilmente ridotto); c) «unclear cause – multiple events – injuries nonproximate in time and space» (è la più complessa ipotesi in cui la situazione pregiudizievole che investe i singoli può riscontrarsi secondo modalità più o meno generalizzate all'interno della popolazione, attenuando così la riconducibilità del danno all'evento dannoso; tipico caso è delle vittime da amianto o da fumo); d) «unclear

E' lecito quindi dubitare circa la reale esistenza di una tipologia unica o unitaria o circa la sua omogeneità. Dubbi che potrebbero essere superati se solo si individuassero elementi sufficientemente forti sì da determinare una coesione fra le varie ipotesi. Ma in assenza della quale, sono destinati alla conclusione che si tratti piuttosto di una etichetta dogmatica cui si è ricorso in sistemi giuridici di tradizione profondamente diversa dalla nostra e dotati di uno strumentario concettuale e processuale conseguentemente poco affine, per giustificare una differenziazione della disciplina e della regolamentazione processuale più efficace rispetto a quella dell'ordinaria azione individuale.

Il fondamento pratico della soluzione poggia anzitutto sul dato empirico e funzionale, della dimensione "sociale" dell'illecito; nonché della maggiore probabilità di raggiungere il risultato auspicato di una tutela giudiziale effettiva per i soggetti danneggiati; degli esiti favorevoli di economia processuale ed infine dell'estensione degli ordinari limiti soggettivi del giudicato[17].

Il vero fulcro dell'analisi appena intrapresa ruota quindi intorno all'individuazione delle caratteristiche comuni che consentono di qualificare determinati eventi dannosi come *mass torts*, sottraendoli all'applicazione delle ordinarie regole di responsabilità civile previste per le controversie promosse da singoli individui. Ciascuno di questi tratti definitori richiede una integrazione con gli altri, poiché preso isolatamente, non appare concettualmente risolutivo ai fini della qualificazione in esame.

Il primo elemento caratterizzante è certamente quello della numerosità (cd. *numerosity)* dei soggetti passivi coinvolti. Come noto, la categoria in esame postula una portata espansiva assai estesa determinando il coinvolgimento di un numero estremamente rilevante di persone che subiscono danni di varia o della medesima natura, seppur di entità diversa. Di contro alla

---

cause – multiple events – injuries nonproximate in time and space – identities of both producers and injured unclear» (allorché si verifichi l'aumento dell'incidenza di una comune malattia, ma sia difficoltoso determinare quali persone ne soffrano come risultato dell'esposizione a particolari sostanze tossiche, il cui impiego non esclusivo determina la difficile imputazione della responsabilità ad un soggetto piuttosto che ad un altro; ipotesi – quest'ultima – ulteriormente complicata dalla possibile latenza della malattia per lunghi periodi).

[17] In argomento PODDIGHE, I "*mass torts*" *nel sistema della responsabilità civile,* Giuffrè, 2008

numerosità dal lato passivo corrisponde l'unicità o alternativamente l'esiguità dei soggetti danneggianti dal lato attivo.

Ulteriore elemento va rinvenuto nella comunanza del fatto causativo dei danni (cd. *factual patterns),* da intendersi, come anticipato, talvolta nel senso di evento unico e altre volte nel senso di medesima tipologia di evento o pluralità seriale e continuata di eventi simili. Ad essere in comune infatti è il fatto illecito da cui ciascuna pretese trae fondamento, non l'oggetto del singolo *petitum* di carattere tipicamente compensatorio fatto valere in giudizio. Peraltro, quando le pretese di tutela giudiziale mostrano una ridotta serie di variazioni fattuali, è utile fin d'ora accennare che ragioni di efficienza processuale spingono il sistema a evitare di ripetere, per ogni singolo caso individuale, il medesimo procedimento decisionale. Inoltre a differenza delle potenziali azioni nascenti da eventi idiosincratici (non suscettibili di ripetersi nuovamente con quelle stesse singolari dinamiche), le azioni nascenti da illeciti di massa sono estremamente simili quanto al valore economico incorporato, diretta espressione della affinità del danno subito[18].

Ulteriore elemento tipico è quello delle dispersione territoriale (cd. *geographic dispersion),* il quale va letto direttamente in connessione con le caratteristiche dell'economia su larga scala e sovranazionale di cui si è riferito. Le vittime dell'illecito di una impresa operante su estesi settori di mercato, possono certamente (ed anzi questa è l'ipotesi di gran lunga più frequente) essere localizzati in aree territoriali disomogenee o molto distanti fra loro[19]. Ciò pone anzitutto problemi di giurisdizione: l'esistenza di sistemi giurisdizionali distinti rende cioè difficoltoso, se non impossibile, l'efficiente coordinamento fra le molteplici pretese. In aggiunta vi sono importanti risvolti anche per la scelta del diritto sostanziale da applicare nella controversia collettiva[20]. Specialmente in sistemi diametralmente opposti a

[18] Riferisce dettagliatamente sul punto NAGAREDA, *Mass Torts in a World of Settlement,* The University of Chicago Press, 2007, Introduction, p.12

[19] è il caso dell'attività produttive di soggetti economici che operano in molteplici realtà territoriali costituendo di fatto un'entità sovranazionale.

[20] Si tratta del principio della cd. *choice-of-law,* che corrisponde alla circostanza in cui differenti normative di diritto sostanziale trovano potenzialmente applicazione in un dato giudizio. Sul punto cfr. PODDIGHE, op.cit., p. 212-216

quelli di derivazione romanistica, come quello nordamericano, in cui, come noto, convivono giurisdizioni statali e federali, spesso in conflitto fra loro quanto a competenza in entrata e efficacia del provvedimento conclusivo in uscita; ma altrettanto percepibile in un ordinamento sovranazionale, ma non federale, come quello europeo. Non si manca poi di sottolineare come il fenomeno si presti a una serie di pratiche abusive[21].

Altro elemento caratteristico è la dispersione temporale (cd. *temporal dispersion)*. La numerosità e la dispersione territoriale, da soli, farebbero del fenomeno un problema prettamente di tecnica processuale, da risolvere nel senso di concentrare un vasto numero di cause pendenti in tutto il territorio nazionale (o sovranazionale). La dimensione temporale dei *mass torts* complica ulteriormente la situazione fin qui tratteggiata. I danni prodotti dal medesimo evento possono manifestarsi nel tempo in momenti anche molto distanti fra loro. Per esempio i residenti in prossimità di un complesso industriale, potrebbero agire in giudizio lamentando che la loro esposizione ad un prodotto chimico tossico rilasciato nell'ambiente circostante abbia determinato il prodursi di una patologia "latente". Il cancro è un caso di scuola in tal senso, proprio perché può dar luogo ad un intervallo temporale apprezzabile tra l'esposizione al rischio e il prodursi del danno ad esso direttamente correlato. Pertanto i residenti della cittadina danneggiati dall'esposizione manifesteranno i sintomi della patologia

[21] Primo fra tutti il sempre più ricorrente fenomeno del cd. *forum shopping* (o anche detto *shopping of jurisdiction),* che consiste nella possibilità di radicare il potere giurisdizionale nei confronti di soggetti residenti in Stati diversi da quello di proposizione dell'azione.
Storicamente, i politici pubblici hanno cercato di scoraggiare gli attori processuali dall'attuare questo fenomeno, massimizzando la probabilità che le cause collettive siano trattate allo stesso modo da ogni giudice in ogni tribunale di una giurisdizione. Ma le differenze fra le legislazioni *sostanziali* degli Stati nonché differenze tra tribunali federali e statali e tra giurie diverse (negli ordinamenti così strutturati) e fra discipline *processuali*, offrono incentivi sia per l'attore che per il convenuto per cercare giurisdizioni che potrebbero essere più amichevoli. Pertanto le parti (e gli avvocati specialmente) spesso tendono a ritenere, a torto o a ragione, che alcuni giudici saranno più o meno favorevoli alla loro pretesa o ai clienti e che i giurati in determinate giurisdizioni siano "pro-attori" o "pro-convenuti".
Questo tipo di pratica diventa la regola tra le imprese multinazionali che vogliono sistemi di regolazione più blandi e meno vincolanti, ma può diventare pericoloso per tutta la comunità internazionale, quando rivolto alla ricerca dell'immunità giurisdizionale e della scarsa trasparenza o correttezza delle attività generanti costi sociali assai rilevanti.
Su questi temi in particolare v. HENSLER, *'Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain'*, RAND Institute for Civil Justice, 2000 p. 401 ss. nonché SAVONA, *Voce "Economia e Criminalità", in Enciclopedia delle Scienze Sociali, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani*, 2001.

in tempi diversi. L'insorgere di una controversia non attende quindi il trascorrere del "tempo di latenza" tra l'esposizione al fatto illecito e il prodursi del pregiudizio in capo alla totalità dei soggetti passivi coinvolti[22]. Né conviene agli aspiranti rappresentanti legali attardarsi nell'avviare il giudizio col rischio manifesto che altri potenziali concorrenti rompano anzitempo gli indugi e ottengano il mandato dalla maggioranza dei membri del gruppo interessato dall'illecito[23]. La reazione ai fatti illeciti si attiva non appena le prime vittime dell'illecito appaiano pregiudicate nei loro diritti. Pertanto la dispersione temporale reca inevitabilmente con sè discutibili squilibri nella risoluzione delle controversie presenti rispetto a quelle intentate dalle vittime future. Atteso che nessun convenuto dispone di risorse illimitate, il totale soddisfacimento delle pretese dei primi ricorrenti aventi diritto potrebbe comportare un trattamento iniquo per le azioni posteriori, nonostante esse siano identiche quanto al verificarsi degli elementi della fattispecie illecita, e divergano unicamente quanto al fortuito momento del manifestarsi degli effetti dannosi da essa scaturenti. Inoltre la limitatezza delle risorse non è rilevante soltanto dalla prospettiva dei ricorrenti danneggiati. Il vuoto temporale, tipico delle patologie latenti e dei danni ad esse assimilabili, contribuisce

[22] Si tratta della delicata questione dei "ricorrenti futuri" (cd. "*future claimants")* puntualmente delineata da J.D. ALEXANDER, *'An Introduction to Class Action Procedure in the United States',* in *Presented Conference: Debates over Group Litigation in Comparative Perspective,* Ginevra, Svizzera, 21-22 luglio 2000: «The expansion of class actions to the mass tort context has raised serious issues. Many of these claims involve grave personal injuries, even death. Such claims would be litigated through individual lawsuits even if there were no class action. But in a class action the members of the class will be represented by a lawyer they did not choose. They will not have their own lawyer during the preparation for trial, settlement negotiations, or trial of the action. They will not be able to shape the terms of the settlement of their individual claim. This loss of individual control is troubling when the individual claims are large. These concerns are heightened in the controversial *"future claimants"* class action. In many mass torts there is a long *latency period*, which means that many people who were exposed may have no symptoms now, but will develop symptoms (and thus claims) in the future. Generally speaking, such individuals cannot file suit. But the existence of such "future claimants" can prevent defendants from resolving all the claims against them by means of a "*global settlement*" (one that includes all parties). In recent years, some courts approved global settlements of asbestos cases through certification of classes of future claimants. There was strong opposition to such classes, on the grounds that the people whose claims were being settled were not – and could not be – adequately represented. The class representative could not be a member of the class with a typical claim, because claims would arise only in the future and no one could know when the class was certified who would develop the disease. The members of the purported class would not receive meaningful notice or opportunity to opt out, because they would not know that they would develop the disease in the future.» (p.23)

[23] L'esempio è ripreso da NAGAREDA, op. cit., p. 16 ss.

all'incertezza dei convenuti circa le ricadute dell'esito giudiziale sull'andamento economico futuro delle proprie attività.

Non da ultimo merita una considerazione un altro fattore, stavolta meno tecnico. Affinché si intraprenda un azione per il risarcimento dei danni provocati da *mass torts,* è necessario che i danneggiati giungano ad un momento di presa di coscienza collettiva circa la solidarietà degli interessi coinvolti, per cui non soltanto possano ascrivere ad un dato comportamento o a una circostanza la fonte del danno (e di conseguenza riconoscere in uno o più soggetti i responsabili tenuti al risarcimento), ma altresì abbiano consapevolezza che moltissime altre persone hanno subito il medesimo pregiudizio, e ritengano di poterlo dimostrare in giudizio. Peraltro giova evidenziare come gli strumenti di comunicazione di massa hanno certamente agevolato la diffusione delle notizie, e incrementato la proposizione e l'organizzazione di azioni collettivi ed esponenziali di questo genere. Solleva criticità non di poco conto in queste ipotesi la determinazione dell'effettiva portata della condotta illecita e l'esatta determinazione del nesso di causalità ai fini dell'attribuzione di responsabilità in capo al convenuto, specialmente in caso di eventi dannosi che si manifestano in momenti storici diversi e in aree territoriali molto distanti, come poc'anzi osservato[24]. All'avvio della controversia da parte dei primi conclamati casi, i criteri scientifici potrebbero non essere in grado di specificare quali residenti andranno incontro allo sviluppo della malattia come risultato della loro esposizione. Al più, in base ad essi si potrebbe solo stimare il relativo rischio, inteso come differenza fra il rischio di cancro tra i residenti collettivamente considerati nell'esempio e l'incidenza del rischio per un comparabile gruppo di persone non esposto alla tossina. Innescando in tal modo una "macabra lotteria" che vedrà i danneggiati in veste di incolpevoli giocatori[25]. Soltanto alcuni di loro subiranno concretamente la lesione, intesa come una diminuzione di una funzione organica verificabile con perizia medica. Gli

[24] Il nesso di causalità, infatti, apprezzato nella dimensione collettiva dell'illecito, pone tipicamente i problemi riguardo l'esatta determinazione del fatto, nonché la dimostrazione probatoria della sua sussistenza; due profili strettamente legati, ancor prima che in riferimento alla verifica nel merito della sussistenza del nesso causale, riguardo alla stessa identificazione della relazione di identità tra le questioni costitutive dei diritti individuali dei soggetti danneggiati.

[25] NAGAREDA, op. cit., p.12

altri, probabilmente la maggioranza, potrebbero non contrarre affatto la patologia, nonostante l'esposizione. Sotto questo profilo viene anzitutto in considerazione il ruolo chiave svolto dai rappresentanti legali nell'ambito del finanziamento complessivo del processo e delle risorse da indirizzare in queste indagini spesso di complesso svolgimento[26].

In questa fase del discorso tuttavia, non si può ancora parlare pienamente di *mass torts*, ma più propriamente di *mass "injuries",* ossia danni in senso atecnico causati su vasta scala. Perché questi si possano qualificare come *mass torts* (dove come accennato in precedenza l'espressione "torts" allude alla reazione offerta dall'ordinamento ad un fatto illecito) sono necessari ulteriori elementi che diano conto del passaggio dall'ambito meramente fenomenologico, il sostrato fattuale, a quello più strettamente giuridico della responsabilità civile[27].

Sotto questo profilo assume rilievo anzitutto il dato della comune rappresentanza processuale dei gruppo (o della classe) dei danneggiati da parte di un numero contenuto di professionisti legali, i quali, come si vedrà più diffusamente, costituiscono con ogni probabilità uno dei principali elementi propulsori delle controversie originate dai *mass torts* e in particolare delle *class actions.*

Ulteriore elemento qualificatore è l'effetto di concentrazione che caratterizza i *mass torts* a livello processuale, atteso che le azioni ad essi inerenti sono normalmente incardinate presso una sola o al più un numero limitato di giurisdizioni e, come già rimarcato, risultano facilmente assimilabili poiché vertono su fatti assai affini e di più agevole gestione processuale essendo sorrette da un unico evento lesivo. Con conseguenti effetti positivi in termini di efficienza e uniformità del giudicato, dal momento che un numero ristretto di

[26] Si intende qui anticipare il discorso che verrà esaminato più dettagliatamente in seguito, con riferimento al ruolo chiave delle grandi law firm negli Stati Uniti, ove i costi giudiziali, specie nei casi di *mass torts*, sono particolarmente elevati «sia per i complicati ed estesi meccanismi di *discovery* preprocessuale della documentazione rilevante (che richiede dettagliato esame per trovare le "falle" nella condotta dell'impresa convenuta), sia perché, per arrivare ad un risultato positivo − specie in caso di azioni risarcitorie per danni alla persona − è necessario investire somme cospicue nell'assistenza degli esperti migliori "sul mercato", e soprattutto migliori di quelli della controparte, destinati ad essere sentiti in udienza come testimoni ed assoggettati al giudizio della giuria». Così riflette DE CRISTOFARO, *'L'azione collettiva risarcitoria « di classe »: profili sistematici e processuali'*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, p.1932 ss

[27] Sulla distinzione fra *mass torts e mass injuries* si rinvia a PODDIGHE, op. cit., p.7

organi giudicanti emanerà un provvedimento definitivo sulla controversia che esplicherà effetti tipici vincolanti sulla totalità dei soggetti coinvolti.

Diversamente invece, dovrebbe concepirsi un sistema di coordinamento degli effetti scaturiti da ciascuna delle potenziali iniziative processuali individuali (cd. concorso soggettivo di azioni[28]). Questo modello, se da un lato è quello maggiormente compatibile con i principi su cui si regge tradizionalmente il sistema di azione processuale, tuttavia presenta svantaggi notevoli. Si allude anzitutto al rischio della duplicazione di giudizi con caratteristiche simili e alla conseguente instabilità del regolamento sostanziale, che comportano per un verso pregiudizio al principio di certezza del diritto, per altro all'economia processuale, per altro ancora, e soprattutto, in relazione al diritto di difesa del soggetto convenuto in giudizio[29]. Con riguardo a quest'ultimo aspetto infatti si tratta di mettere il convenuto in una posizione processuale assolutamente svantaggiosa rispetto all'attore dal momento che «il rigetto della domanda non rappresenterebbe la definitiva vittoria per il convenuto e nemmeno rappresenterebbe la definitiva sconfitta per l'attore soccombente, il quale, in caso di successivo accoglimento della domanda proposta da parte di altro legittimato, potrebbe comunque avvantaggiarsi degli effetti pratici derivanti dell'attuazione della sentenza»[30].

Né d'altra parte si otterrebbero risultati considerevoli in termini di effettività della tutela giurisdizionale collettiva poiché in un siffatto sistema sarebbe esclusa qualsiasi possibilità di giovarsi di un eventuale giudicato favorevole da parte degli altri legittimati in eventuali giudizi che vedono loro coinvolti[31].

---

[28] Su cui si veda per una panoramica generale DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi,* Jovene, 2008, p. 460 ss.

[29] un modello così delineato tende inevitabilmente a favorire il proliferare di accertamenti contraddittori, quindi di giudicati disomogenei, tra più azioni collettive promosse autonomamente dai vari collegittimati per le stesse fattispecie lesive.

[30] DONZELLI, op. cit., p.466

[31] Si tratta sostanzialmente dell'ipotesi di giudicato *secundum eventum litis*, che sarà trattata più specificamente *infra*.

1.2. Le dinamiche del contenzioso seriale

La serialità del contenzioso conseguente a *mass torts*, in mancanza degli adeguati correttivi frutto di tecnica processuale, è fisiologicamente caratterizzato da una strutturale asimmetria tra litiganti nella vicenda giudiziale che conduce a fenomeni di «fallimento del mercato» (*market failure)*, ossia di situazioni in cui i meccanismi di mercato non riescono a conseguire risultati ottimali per il benessere della società[32]. In siffatto contesto entra in gioco la teoria della regolazione, che appunto si occupa dell'analisi di tali situazioni per promuovere o modificare l'intervento normativo in vista dell'introduzione di validi rimedi.

Come anticipato, sono l'omogeneità e l'isomorfismo dei diritti individuali coinvolti sul lato attivo a determinare il carattere seriale, ripetitivo e costante del contenzioso collettivo. Qualora l'azione venga avviata individualmente, in assenza di meccanismi di aggregazione delle pretese giudiziali, si assisterebbe ad una duplicazione delle attività da parte dei diversi attori nei confronti del singolo convenuto. Di per sé tale duplicazione è viziata da inefficienza, poiché comporta la moltiplicazione di una stessa attività suscettibile di compimento unitario. Non sarebbe tuttavia sufficientemente idonea a giungere agli esiti negativi paventati, a meno che non sia inficiata da un difetto strutturale di maggiore portata. Si fa cioè riferimento all'asimmetria delle poste in gioco fra convenuto abituale e attore occasionale[33], in grado di incidere radicalmente sull'accesso alla giustizia, di fatto precludendolo. Tale distinzione poggia sul difforme grado di interesse e sulla propensione che i singoli componenti del gruppo hanno ad agire in giudizio.

Nei mercati di massa gli interessi concentrati in capo alla parte che abitualmente è chiamata a rispondere in giudizio della sua condotta (il responsabile della condotta illecita) sono favoriti a scapito degli interessi collettivi, ma dispersi e frammentati, delle parti occasionali (i soggetti danneggiati da un illecito di massa), in quanto l'interesse individuale è

[32] Sul punto cfr. FIORIO, *'L'oggetto dell'azione collettiva risarcitoria e la tutela degli interessi collettivi dei consumatori'*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2009, 1445 ss.
[33] riprendendo in tal modo la nota suddivisione dei gruppi coinvolti in due macrocategorie: «*latent group» e «privileged group»* presente in OLSON, op. cit., *supra* nota, p. 56 ss.

spesso modesto e la capacità di aggregazione è ostacolata dall'assenza di relazioni stabili tra i diversi componenti del gruppo. Più specificamente è bene tenere distinte le multiformi sfumature che possono connotare i diritti di ciascun potenziale attore occasionale. Come si è detto infatti, comune è la *causa petendi*, il fatto illecito plurioffensivo da cui ogni pretesa trae fondamento. Ciò nondimeno è ben possibile (ed anzi è l'ipotesi più frequente con riferimento ai *mass torts)*, che il danno subito in dipendenza dell'illecito (il *petitum* vero e proprio) abbia entità e consistenza eterogenea per ciascuna delle singole pretese.

L'asimmetria delle poste in giudizio e la disparità fra le forze in campo è presto detta: nel contenzioso seriale l'esito di merito della prima causa individuale influenza in maniera decisiva tutte le altre, poiché caratterizzate da simili questioni giuridiche e fattuali[34]. E ciò, si badi, si verifica in tutti gli ordinamenti, benché il fenomeno sia più evidente, ma non esclusivo, in quelli in cui il precedente giurisprudenziale ha formalmente valore di fonte del diritto[35]. Ne deriva una evidente disparità di forze nella propensione a investire nella causa, per descrivere la quale ci si avvale delle categorie abitualmente utilizzate nella teoria delle decisioni razionali. Dal punto di vista della parte abituale il valore della domanda proposta da

[34] Si rinvia all'analisi puntuale e dettagliata di GIUSSANI, '*Mass torts e tutela giurisdizionale: modelli di azione giudiziaria collettiva sotto il profilo della efficienza economica'*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2002, p.315-329; ID., '*Controversie seriali e azione collettiva risarcitoria'*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 2008, 465 ss.; ID, '*Situazioni soggettive superindividuali, azioni collettive e class action: contributo alla teoria generale'*, Relazione per l'incontro di studio del Consiglio Superiore della Magistratura sul tema: "Nuove forme di tutela processuale e nuove legittimazioni ad agire", Roma, 27-28 marzo 2008, reperibile su https://www.personaedanno.it/attachments/allegati_articoli/AA_018412_resource1_orig.pdf. L'Autore riprende e sviluppa i concetti presenti nel celebre saggio di Marc Galanter, Why the «Haves» come out ahead: speculations on the limits of legal change, in Law & Society, Vol. 9, No. 1, 1974, 95 ss., tr. it. '*Perché gli abbienti si avvantaggiano. Riflessioni sui limiti del riformismo giuridico',* in *Pol. dit.*, 1976, 307 ss., che rappresenta una delle opere epigoni nella teoria delle decisioni razionali.

[35] Su questo punto si rinvia ai numerosi contributi di TARUFFO sul tema. Da ultimo si segnala '*Aspetti del precedente giudiziale'*, Criminalia, 2014, p. 37-57, in cui l'Autore riflette sull'esigenza di ridimensionare quella che un tempo appariva come fattore di assoluta frattura fra ordinamenti di *common law* e di matrice romanistica e ricondurla piuttosto a valore comune e trasversale ai differenti sistemi: «l'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto è un valore fondamentale, e la funzione principale che si attribuisce alle corti supreme è di assicurare che tale valore venga conseguito attraverso la produzione e la gestione di precedenti che dovrebbero condizionare la decisione dei casi successivi. Si vede facilmente che questa prospettiva è *comune* a vari ordinamenti, e che essa si fonda – in maniera più o meno esplicita – su una immagine ideale dell'ordinamento giuridico secondo la quale esso dovrebbe essere sincronicamente coerente, uniforme e statico , e dovrebbe anche assicurare che tutte le controversie che sorgono al suo interno vengano risolte nel modo il più possibile unitario.»

una qualsiasi delle vittime dell'illecito perpetrato, corrisponde astrattamente alla somma dei valori di tutte le altre potenziali controversie isomorfe, di tutte cioè le domande proponibili contro di lui sulla base delle stesse premesse giuridiche e fattuali. Tuttavia, è di immediata percezione, come sia razionale e conveniente investire nella prima causa individuale cifre anche di molto superiori al suo valore effettivo. E questo, anzitutto per incrementare le probabilità di risultare vincitrice anche nelle cause successive, evitando precedenti sfavorevoli; ma soprattutto al fine di adottare una strategia processuale intimidatoria a scapito delle parti occasionali, mirante a dissuadere quest'ultima dall'esercitare il suo diritto alla difesa, nonostante la fondatezza delle rispettive pretese[36]. Difatti, l'investimento nella lite incide proporzionalmente sui costi della stessa per l'avversario. Questi ultimi variano anzitutto in ragione del regime di ripartizione delle spese giudiziali in caso di soccombenza[37], ma a prescindere da questo, è sempre possibile, specialmente laddove il gruppo delle parti occasionali sia abbastanza ampio, infliggere alla controparte costi non ripetibili superiori al valore della singola pretesa con l'obiettivo finale di rendere economicamente irrazionale il perseguimento della pretesa, se isolata dalle altre. In definitiva il convenuto abituale ha un forte incentivo a investire in ogni singola lite (specialmente in quelle cronologicamente

[36] Difatti: «il singolo processo, il processo individuale, uno ad uno, se anche per il singolo potrà avere un valore non disprezzabile, comunque non avrà mai un valore di posta in gioco pari a quello che può avere per l'impresa l'intero aggregato delle vicende. Per converso, l'impresa sa che potrà investire in quel processo anche solo per evitare il formarsi di un precedente sfavorevole, che possa essere d'impulso psicologico ad altri singoli ad avviare un nuovo processo, che possa essere tale da vincere quell'inerzia del pretendere il rispetto dei propri diritti che è la principale fonte di comportamenti opportunistici o abusivi della "parte abituale".» (DE CRISTOFARO, op. cit., p.1932 ss.)

[37] E' appena il caso di osservare che nella maggior parte degli ordinamenti giuridici di *civil law* (ed anche in Italia) questo effetto è in parte attenuato dalla regola generale del «*victus victori*» (o «loser-pays»), in base alla quale il rimborso di tutte le spese processuali sopportate dalla controparte è a carico della parte soccombente, Tuttavia anche in questo caso rimangono escluse le spese non ripetibili. Peraltro non va dimenticato che l'operatività della regola è differita alla definizione della lite, sicché non incide sulle strategie razionali di spesa determinanti nella volontà iniziale di instaurare la controversia. Specularmente è chiaro che la dinamica in discorso può essere ben più rilevante negli Stati Uniti, ove la cd. "*American Rule*" postula che ogni parte sopporti le proprie spese, sicché, ove la coltivazione della propria pretesa implichi prevedibilmente il compimento di attività giudiziarie lunghe ed economicamente cospicue, le spese non ripetibili da sostenere, unite all'incertezza dell'esito finale, potrebbero gravare a tal punto sulla parte da dissuadere la proposizione stessa della domanda.

antecedenti) in misura molto superiore rispetto ad ogni attore occasionale[38]. A parità di condizioni dunque, ciò offre al convenuto una maggiore probabilità di prevalere nelle cause iniziali per poi sfruttare questo successo scoraggiando e prevenendo il contenzioso successivo.

Ciascun litigante occasionale, dal canto suo, ha invece una propensione razionale a investire nella lite cifre esattamente pari al valore della propria domanda. Peraltro una volta ottenuto un provvedimento favorevole, il gruppo di danneggiati potrà indistintamente giovarsene nell'ambito del perseguimento della rispettive pretese in giudizi separati, pur non avendo personalmente concorso ai rischi (e ai costi) del primo litigante[39]. La decisione favorevole costituisce infatti un bene non escludibile per la sua portata esplicativa del diritto positivo per la generalità dei consociati, nonché rispetto ai componenti del gruppo direttamente interessati alla controversia[40]. Per ciascuno di costoro dunque prendere per primo l'iniziativa è un comportamento irrazionale. Situazione questa definita già da tempo

---

[38] Tratteggia impeccabilmente tale scenario GIUSSANI: «l'avversario del gruppo, oltre a fruire di economie di scala e vantaggi strategici nella sua gestione sia sul piano dell'accesso alle informazioni, sia su quello dell'influenza sulla formazione delle regole di decisione, è razionalmente indotto a investire nella lite somme assai più considerevoli di quelle che ciascuno dei componenti del gruppo stesso può a sua volta razionalmente investire.» (in '*Azioni collettive risarcitorie nel processo civile',* il Mulino, 2008, p.29).
Peraltro le parti abituali godono anche un'asimmetria sostanziale dal punto di vista informativo: «la complessità delle questioni giuridiche appartententi alla causa […] può interessare questioni in punto di diritto, ma più frequentemente riguarda l'accertamento del fatto, come sovente accade in riferimento alla verifica della sussistenza del nesso di causalità materiale. Sotto quest'ultimo profilo indicato […] sussiste, infatti, un significativo *gap* tra il soggetto attivo e il soggetto passivo del rapporto, che investe tanto il piano «informativo», quanto quello economico. Il danneggiante possiede, infatti, un maggiore bagaglio di conoscenze rispetto al singolo soggetto pregiudicato, in quanto è naturalmente più informato riguardo agli aspetti tecnici e giuridici che interessano lo svolgimento della propria attività professionale ed in ogni caso ha maggiori possibilità economiche per acquisire le ulteriori conoscenze necessarie per affrontare la difesa in giudizio». (Così DONZELLI, op. cit., p. 24-26)

[39] La nozione di «*public good*» (tradotto indifferentemente con le locuzioni «pubblico», «comune», o «collettivo») fa riferimento a un bene la cui fruizione individuale non impedisce l'accesso e la fruizione collettiva degli altri appartenenti al gruppo di riferimento, non essendo possibile escludere coloro i quali non hanno contribuito alla sua produzione, impedendo loro di trarne i conseguenti benefici. Così lo definisce RUBENSTEIN, '*Why Enable Litigation?: A Positive Externalities Theory of the small Claims Class Action',* in *7UMKC Law Review*, n.74, 2006, p.721, consultabile su http://ssrn.com/abstract=890303 («If a good is in joint supply, one person's consumption of it does not reduce the amount available to anyone else…If a good is characterized by impossibility of exclusion, it is impossible to prevent relevant people from consuming it»).

[40] posto che essa eserciti una forza persuasiva (o al più vincolante laddove viga il principio dello *stare decisis)* per tutti gli altri organi giudicanti dell'ordinamento.

dall'indagine sociologica come «tragedia dei beni comuni»[41], laddove bene "comune" è la sentenza di accertamento della responsabilità intesa come realizzazione concreta ed effettiva del diritto sostanziale. Nella misura in cui ciascun componente trae vantaggio da un bene comune senza assumere su di sé gli oneri relativi, le dinamiche di *free riding*[42] fatalmente conducono a livelli subottimali di benessere sociale. Le dinamiche osservate sono tanto più confermate se ci si ponga nell'ottica degli cd. «small claims», che si verificano allorché le situazioni soggettive tutelabili, anche se globalmente rilevanti dal punto di vista dell'impresa responsabile, abbiano un valore singolo relativamente modesto e tale da non giustificare l'iniziativa individuale[43]. Domande cioè caratterizzate da valore atteso negativo («negative expected value»[44]), per le quali l'investimento nella lite moltiplicato per la probabilità di successo, è inferiore ai costi da sostenere[45]. L'azione individuale comincia cioè a divenire vantaggiosa e appetibile solo al di sopra di un certo valore economico della lite.

Non da ultimo concorrono allo stallo la natura essenziale dei vasti gruppi impersonali innanzi a fenomeni di *mass torts:* in primo luogo la numerosità dei soggetti coinvolti; oltre a ciò il basso grado di coesione sociale; e infine l'alto livello di dispersione (territoriale e

[41] Il concetto è stato teorizzato per la prima volta dall'ecologo Garrett Hardin nel suo saggio '*The Tragedy of the Commons*', apparso per la prima volta in *Science*, Vol. 162, No. 3859, 1968, p. 1243-1248 consultabile su: http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243/tab-pdf e in italiano su: http://archiviomarini.sp.unipi.it/511/1/hardin.pdf

[42] Espressione che letteralmente allude al comportamento di colui che utilizza il trasporto pubblico pur essendo sporvvisto del biglietto.

[43] Gli «small claims» sono così sinteticamente definiti da SHAPIRO, *'Class Actions: The Class as Party and Clien*t', in *73 Notre Dame Law Review 913*, 1998, p. 923: «those cases in which the claim of any individual class member for harm done is too small to provide any rational justification to the individual for incurring the costs of litigation»

[44] In contrapposizione ai «postive expected value», per i quali l'investimento giudiziale moltiplicato per la probabilità di successo, eccede il costo del giudizio. Nel qual caso sarebbe razionale intentare una causa individualmente, sebbene tale situazione sia minoritaria nella realtà dei *mass torts.* Sul tema vedi ULEN, '*An introduction to the law and economics of class action litigation',* in *European Journal of Law and Economics,* Volume 32, Issue 2, 2011, p. 185-203

[45] Si consenta di ricorrere all'esempio esplicativo fornito da BONE, '*The Economics of Civil Procedure'*, West Academic, 2003, p.263-4: si supponga che ogni membro di un gruppo di danneggiati da una frode finanziaria abbia subito una perdita di 100 a fronte di costi giudiziali attesi pari a 1000, e che la probabilità di ottenere il risarcimento sia del 60%. Ovviamente nessun membro avrebbe interesse a intentare una causa individuale a siffatte condizioni di partenza.

temporale), che di fatto rendono proibitivi i costi da sostenere per organizzare l'iniziativa collettiva[46].

Ecco che i fili sospesi dei *mass torts* si riannodano inestricabilmente alla questione di fondo dell'«azione collettiva», dapprima emersa in ambito sociologico come la condizione che determina benefici e/o costi per più di un individuo, sicché emerge la necessità del coordinamento delle forze e della formazione del gruppo[47]. Per concettualizzare il contenzioso collettivo civile come un problema di siffatta specie occorre considerare l'insieme dei ricorrenti in giudizio come un gruppo unitario. L'indagine trae origine dall'osservazione che nessun membro del gruppo è fornito di sufficienti incentivi ad agire in favore del gruppo complessivamente inteso. Ne deriva l'imporsi di atteggiamenti passivi di inattività tra i titolari di diritti lesi collettivamente da un lato e il fiorire di comportamenti illeciti su larga scala dall'altro. Entrambe facce della stessa medaglia, che trovano immediato riscontro sul piano delle decisioni razionali: per le parti occasionali i benefici sarebbero inferiori agli svantaggi, in altri termini il gioco cioè non vale la candela[48]; del tutto simmetricamente la commissione di illeciti di massa può divenire un comportamento conveniente proprio per la mancanza di disincentivi idonei a dissuadere gli autori abituali.

In definitiva il valore fondamentale che ne esce pregiudicato è quello della tutela giurisdizionale dei diritti a causa degli ostacoli di tipo socio-economico frapposti al concreto accesso alla giustizia di situazioni giuridiche meritevoli di protezione, specialmente laddove compromesse da condotte abusive assai pervasive come quelle in esame.

Date queste premesse, compito della teoria della regolazione è quello di superare la prevalenza del comportamento opportunistico e favorire l'emersione giudiziale di diritti altrimenti condannati a restare latenti e inespressi.

---

[46] Si dice cioè che il bene è *"a blocchi"*, nel senso che richiede, per essere conseguito, la cooperazione di almeno una parte dei componenti del gruppo interessato.

[47] La rappresentazione più celebre del problema è di OLSON, op. cit., *supra* nota 2.

[48] Quadro così laconicamente riassunto da RUBENSTEIN, op.cit., *supra* nota 50, p.730: «For most special interest groups, each individual's stake is quite small, while the costs of learning enough to act, and then acting, typically outweigh the benefits. Moreover, since the benefits would necessarily be shared by everyone in the group if anyone in the group secured them (meaning that the benefits are public goods), each group member has an incentive to not act, to *free ride*.»

1.3. Accesso alla giustizia

La responsabilità civile, concepita in chiave strettamente individuale, appare uno strumento inidoneo a garantire un effettivo accesso alla giustizia nelle ipotesi poc'anzi analizzate[49]. Beninteso può astrattamente darsi nella realtà un'azione individuale sebbene economicamente "irrazionale", cioè intrapresa per puro spirito altruistico: fungendo cioè da apripista per tutti gli altri interessati alla decisione[50]. Ma si tratterebbe di un atto isolato e non elevabile a comportamento attendibile nella maggioranza dei casi: taluno ha eloquentemente osservato in proposito come «solo un fanatico o un lunatico farebbe causa per 30 dollari»[51]. Né d'altra parte costituirebbe una auspicabile tecnica di tutela del diritto, la quale ambisce, per vocazione e natura, a regolare una pluralità astratta di fattispecie[52]: «sventurato quel popolo che ha bisogno di eroi» fa eco la letteratura[53]. Analogamente, al fine di ovviare ai fallimenti del mercato cui si andrebbe inesorabilmente incontro, potrebbe ipotizzarsi una ripartizione collaborativa dei costi come frutto di organizzazione spontanea e informale (non istituzionalizzata) delle parti occasionali. Ma la possibilità in esame è nel caso di specie

[49] Pioniera la dottrina anglosassone nel cogliere con largo anticipo le esigenze sorte nel contesto dei nuovi rapporti economici su larga scala e tradurle in strumenti processuali operativi, diretti a correggerne le distorsioni; «the traditional notion of civil litigation as merely bilateral private dispute resolution is outmoded. […] The rise of multi-national corporations and the development of a global economy that bring with them the potential for a large-scale injuries resulting from worldwide product consumption.» Così in A.R. MILLER nel suo influente saggio '*Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality and the "Class Action Problem"',* in *Harvard Law Review,* 92, 1979, p.668

[50] Rileva infatti taluno: «motivata da un interesse privato alla compensazione, la vittima che agisce per il risarcimento svolge una funzione socialmente rilevante in quanto rende credibile la prospettiva che i danneggianti futuri siano obbligati al risarcimento del danno.[…] L'azione in giudizio crea un'esternalità positiva per le vittime inattive: l'attore sopporta i costi dell'azione ma ne beneficia soltanto in parte; egli crea, in altri termini, una sorta di bene pubblico di cui beneficia, enza contribuirne ai costi, la collettività delle vittime di un particolare incidente.» (PARISI e DARI-MATTIACCI, '*Mass torts e responsabilità per danno ambientale: una analisi economica',* in *Danno e responsabilità*, 2009, p.131-144)

[51] Si tratta di un'affermazione del giudice Richard Posner nel caso *Carnegie v. Household Int'l Inc*., 376 F.3d 656, 661 (7th Cir. 2004)

[52] Lapalissiano GIUSSANI sul punto: «per un legislatore processuale costituzionalmente vincolato a garantire a tutti un effettivo accesso alla giustizia non può ritenersi accettabile una situazione in cui l'effettività della tutela giurisdizionale dipenda atti di eroismo individuale», in '*Mass torts e tutela giurisdizionale',* op. cit. sub nota, p.317.

[53] Bertold Brecht, '*Vita di Galileo',* Einaudi, 1963

molto remota, giacché strettamente legata alle caratteristiche del gruppo che qui, come detto, è per definizione caratterizzato da assenza di stabili rapporti preesistenti e la cui aggregazione è ostacolata dalla endemica dispersione propria dei *mass torts*[54].

In buona sostanza il problema dell'azione collettiva va risolto in altro modo: la tutela dei diritti isomorfi dei componenti dei gruppo socialmente dispersi può risultare di fatto impossibile, a meno che non si individuino adeguati meccanismi promozionali (cd. «*selective incentives*»[55]), da intendersi come un complesso apparato di incentivi economici o normativi che, mitigando gli effetti distorsivi della asimmetria, agevolino il comportamento del gruppo dei danneggiati o di soggetti terzi in vista del conseguimento del bene collettivo e rimuovano gli ostacoli all'accesso alla giustizia.

La soluzione più congrua consiste nell'introdurre regole processuali speciali idonee a configurare un impianto di tutela giurisdizionale collettiva tale da favorire il consolidamento in un unico procedimento civile della pluralità di diritti individuali omogenei, ossia violati dalla medesima azione, omissione o condotta abituale di uno stesso soggetto (cd. illecito «plurioffensivo») e creare così un sistema di ripartizione fra gli interessati delle spese per il conseguimento del bene comune. Sui fallimenti che caratterizzavano il nudo contesto della realtà fattuale si innesta in tal modo un nuovo modello capace di influire positivamente sulle strategie razionali dei comportamenti e indurre la coesione e l'aggregazione degli interessi collettivi, consentendo ai soggetti danneggiati di presentarsi in giudizio sullo stesso piano della parte abituale e in definitiva di riequilibrare le opposte situazioni di interesse strutturalmente asimmetriche[56].

I benefici del siffatto schema di ragionamento, sebbene non scevri come si vedrà da delicate questioni tecniche, sono immediatamente percepibili finanche ad un profano della

---

[54] Come suggerisce ancora una volta la scienza sociologica e in particolare la teoria dei giochi, che per illustrare la dinamica della cooperazione razionale fra individui ricorre al cd. «paradosso del prigioniero», sul quale si rinvia a https://it.wikipedia.org/wiki/Dilemma_del_prigioniero

[55] E' OLSON, op. cit., p. 63 ss., a ricercare i fattori propulsivi della formazione di un gruppo compatto.

[56] Si è parlato in dottrina di «individualistico altruismo» per definire questa circostanza favorevole. L'espressione è di TARUFFO, '*Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi'*, in '*La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi',* a cura di Lanfranchi, Torino, 2003, p.65

scienza giuridica poiché riassumibili nella massima di saggezza popolare «l'unione fa la forza» in contrapposizione a quella «solitudine dei numeri primi» cui i singoli individui danneggiati sarebbero altrimenti condannati[57].

[57] Chiosa in merito a questa funzione D'ORTA, *La class action tra proclami e deterrence. Uno studio di diritto interno e comparato,* Giappichelli, 2014, p.57: «Nel gioco dei contrasti, e degli interessi, emerge in piena luce, stagliate sullo sfondo le valenze di deterrenza, il carattere 'promozionale' dell'azione di classe mo di *enabling litigation* tale da riequilibrare assetti antagonisti, così, da restituire una tutela a soggetti prima sofferenti. […] Si avverte, date queste condizioni, il deciso recupero di qualità istituzionale restituita dalla soluzione apprestata e la *class action* può senz'altro acquisire, in via stabile, quella capacità tipica di essere *enabling litigation*, modo di 'abilitazione' al contenzioso, congegno demandato a tutelare le posizioni soggettive deboli, altrimenti non tutelabili, fornendo queste di adeguata copertura giudiziale.»

2. La controversa configurazione dogmatica degli interessi sovraindividuali

Spostata definitivamente la prospettiva nell'ottica del giurista, occorre delineare brevemente, e senza pretese di esaustività, la panoramica di riferimento al tema trattato: il rapporto fra la portata individuale e collettiva della situazione sostanziale di diritto e la struttura del procedimento diretto alla sua tutela giurisdizionale. In altri termini: il complicato rapporto fra piano sostanziale e piano processuale.

A partire dagli anni Settanta si sviluppò un'intenso dibattito dottrinale sulla configurabilità e la tutelabilità di una nuova categoria di situazioni giuridiche sostanziali: gli interessi cd. «sovraindividuali»[58], contraddistinta dall'attitudine a coinvolgere «non singoli soggetti soltanto, isolatamente presi, ma gruppi, classi, categorie intere: interessi quindi a carattere "diffuso", "collettivo"»[59]. All'epoca non soltanto questa formula era terreno di scontro dogmatico in virtù della compatibilità con schemi teorici consolidati e difficoltà terminologiche e semantiche, ma ancor più a monte involgeva lo studio del fenomeno dal punto di vista prima sociologico ed economico, quindi pregiuridico.

La riflessione fu mossa in origine dalla constatazione dell'emersione sul piano socio-culturale di istanze e interessi inediti a rilevanza superindividuale in materie e settori fino a quel momento privi di un inquadramento autonomo e che reclamavano sempre maggiore attenzione da parte del legislatore: si pensi soltanto in via esemplificativa alle libertà

[58] Snodo fondamentale si rinviene nella discussione e nelle opinioni emerse in seno ad un celebre convegno accademico tenutosi a Pavia nel 1976 e confluite nell'opera riassuntiva '*Le azioni a tutela degli interessi collettivi, Atti del Convegno di Studio - Pavia 11-12 giugno 1974'*, Padova, 1976. In questa occasione si posero le fondamenta dogmatiche e si dipanarono le direttrici generali che caratterizzarono il successivo sviluppo dottrinale e legislativo.

[59] CAPPELLETTI, op. cit., p.192, il quale fu tra i principali promotori del Convegno e più in generale del dibattito che di lì in poi ebbe ampia eco nella dottrina. In questa accezione data dall'A. si intende considerare il concetto in una prospettiva generale e priva di nette distinzioni nozionistiche tra interesse collettivo e diffuso, utilizzati invece come strumenti terminologici equivalenti in ordine all'identificazione del fenomeno degli interessi non esclusivamente individuali.

sindacali, politiche, ai diritti dei consumatori e degli utenti, alla tutela antidiscriminatoria, alle tematiche di rilievo pubblico quali l'ambiente e la salute, e via dicendo[60].

Si assisteva in particolare al passaggio da un modello economico caratterizzato da interessi predeterminati e predefiniti tipici dei rapporti di scambio bilaterali dell'era mercantile ad un sistema sempre più dominato da rapporti di massa e relazioni plurisoggettive spersonalizzate. Il risultato fu un profondo mutamento delle dinamiche sociali e dei rapporti inter-individuali, alla luce del quale numerose condotte, incidendo su beni di rilevanza sovraindividuale, si rivelarono potenzialmente e simultaneamente lesive di pluralità di individui o categoria di persone, dando luogo, sotto il profilo quantitativo, ad un fenomeno di "polverizzazione del danno"[61], tale da qualificare quest'ultimo come relativamente esiguo se osservato isolatamente nella sua dimensione individuale, ma assai rilevante se colto nella sua dimensione collettiva aggregata: di massa appunto.

E d'altra parte il periodo in questione fu contraddistinto da una "riscoperta" della Costituzione con la conseguente tendenza dottrinale e giurisprudenziale a conformare i vari

---

[60] Riflessioni di carattere generale furono avanzate, ex multis, da Mauro Cappelletti che nel prendere atto dell'avvenuto superamento della dicotomia pubblico-privato, osservava che «la realtà nella quale viviamo è quella di una società di produzione di massa, di consumo di massa, di scambi di massa, di turismo di massa, di conflitti o conflittualità di massa (in materia di lavoro, di rapporti fra razze, religioni, ecc. per cui anche le violazioni contro le quali la "giustizia" è intesa a dare protezione, sono evidentemente non soltanto violazioni di carattere individuale, ma spesso anche di carattere collettivo, che coinvolgono e colpiscono categorie, classi, collettività, sono, insomma, "violazioni di massa" […] Una quantità crescente, per numero e importanza, di rapporti e di attività coinvolgono non singoli soggetti soltanto, isolatamente preso, ma gruppi, classi, categorie intere. Interessi tipici di questo mondo nuovo hanno carattere "diffuso", "collettivo", poiché non appartengono ai singoli individui in quanto tali, ma alla collettività». (CAPPELLETTI, op. cit., 1976, p.191).
Va detto tuttavia che non è mancato chi ha negato la novità delle situazioni di interesse collettivo, rilevando come in realtà queste «non sono create ma solo esaltate di fatto dalle mutate condizioni socio-economiche e sul piano del diritto da un più esplicito riconoscimento» (così GRASSO, '*Gli interessi della collettività e l'azione collettiva',* in *Riv. dir. proc.*, 1983, p.24 ss. Si è cioè cercato di ridimensionare l'opinione secondo cui l'emersione degli interessi sovraindividuali fosse diretta ed immediata conseguenza della diffusione di una conflittualità di mass dovuta agli effetti degenerativi e patologici del processo di industrializzazione. Piuttosto si riconduce l'emergere di aspirazioni ed esigenze similari a precedenti epoche storiche, sebbene tuttavia in diverse prospettive e aspirando a differenti forme e modalità di tutela. In questo senso si esprime anche VIGORITI, '*Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire',* Giuffrè, Milano, 1979, p.14, secondo cui: «l'aggregazione in forma collettiva degli interessi, di certi interessi in particolare, non è sicuramente fenomeno peculiare dei nostri tempi, ma nuova è l'aspirazione di questi interessi a ricevere tutela giurisdizionale nella loro dimensione reale, in quanto collettivi».

[61] L'espressione è di DONZELLI, op. cit., p.149

settori dell'ordinamento nella prospettiva di consentire un più agevole accesso e un più pervasivo riconoscimento dei valori e dei beni fondamentali in essa espressi[62].

Parallelamente all'emergere di simili circostanze, affiorò, in tutta evidenza, la necessità di adeguare gli strumenti tecnico-giuridici previsti dall'ordinamento positivo in modo da tradurre la rinnovata riflessione sul piano operativo, posto che le avvenute trasformazioni avevano contribuito, se non determinato, una diversa configurazione dell'individuo all'interno delle dinamiche sociali. La riflessione giuridica si trova cioè a dover ricomporre il conflitto tra nuove categorie di interessi e ordinamento. La questione di fondo da porre ad oggetto della riflessione fu individuata nella distanza, tanto ideologica, quanto strutturale, che intercorreva fra gli strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento giuridico tradizionalmente concepito in chiave individualistica e la natura delle nuove istanze collettive[63]. Nell'ambito

---

[62] Spicca per sintesi sul punto RESCIGNO, '*Introduzione al Codice civile'*, Laterza, 1991, p. 59, che rileva come nel periodo in esame si realizzi «l'affermazione di valori e dignità non patrimoniali contro una concezione tipica del diritto privato e dei codici civili, inclini ad apprezzare i valori della persona in termini puramente patrimoniali, riducibili al denaro che rappresenta il modo più semplice di valutare la persona alla stregua di un bene. Si comprende allora come penetrino nell'ambito dello studio del privatista – promuovendo i suoi sforzi per trovare il fondamento di una tutela costituzionale – interessi, beni valori che secondo la concezione rigidamente patrimoniale del diritto privato rifuggirebbero dalla considerazione del diritto in primo luogo perché non sono appropriabili da parte dei singoli. Quando parliamo di tutela dell'ambiente, della natura, dei beni culturali, e cioè di realtà in cui l'individuo si trova inserito e che contribuisce a creare e trasformare, finiamo con l'attribuire a singoli o a gruppi azioni a tutela di beni non solamente non suscettibili di appropriazione, ma per i quali manca quel carattere di alienità rispetto alla persona, nel senso in cui abitualmente intendiamo la conservazione e il godimento delle cose nella concezione che ha dominato e ancora costituisce il segno tipico del diritto privato». E prosegue centrando il nodo che tali questioni contribuiscono a rendere chiaro: «Sorge allora il problema, sempre alla luce dei principi costituzionali, della necessità di controllare l'esercizio delle autorità, di riportare a una parità sostanziale le situazioni di eguaglianza formale, di scoprire la radice delle imposizioni: in breve, di escogitare forme di controllo che corrispondano all'interesse della collettività circa i modi di esercizio dei poteri».

[63] In particolare elemento ispiratore della concezione individualistica liberal-borghese era rappresentato dalla dicotomia pubblico-privato. Tale impostazione, secondo CAPPELLETTI, op cit., p. 191 ss.,, si rifletteva in materia di tutele processuale condizionando inevitabilmente l'approccio dominante in base al quale nel processo civile di norma il legittimato ad agire, a fronte di interessi individuali, è il titolare esclusivo della situazione giuridica soggettiva, mentre invece laddove l'interesse abbia anche una dimensione pubblica, l'azione viene attribuita anche al pubblico ministero. Situazione ancor più evidente se si sposti la prospettiva nel processo penale, rivolto per definizione alla protezione esclusiva di interessi pubblici. In tal modo si realizzava un «profondo abisso» tra pubblico e privato tale che non vi sia spazio all'interno del sistema per opzioni alternative volte alla tutela di interessi collettivi in posizione intermedia tra i due opposti poli positivamente contemplati.
Nel senso di evidenziare gli ostacoli che si opponevano al riconoscimento e alla piena tutela degli interessi sovraindividuali fra molti, RODOTA', '*Le azioni civilistiche',* il quale rilevava come «la peculiarità degli strumenti civilistici, conformati in modo da servire alla tutela di interessi esclusivamente individualistici» li

della dottrina civilistica e processualcivilistica la consapevolezza circa la necessità (anche ed innanzitutto costituzionale) di aprire le porte del processo alla nuova classe di interessi è stata infatti tendenzialmente pari alla consapevolezza circa i limiti positivi presenti nell'ordinamento.

Spesso tuttavia è accaduto che lo studio e la comprensione della natura e della struttura dei nuovi interessi, preliminare alla ricostruzione più propriamente giuridica, si siano rivelati indeboliti dall'incapacità di tenere separate le esigenze che i nuovi interessi andavano via via dettando e le esigenze viceversa appartenenti all'ordinamento preesistente, col rischio che l'obiettivo di consentire l'adattamento del mondo del diritto alle nuove realtà, propiziando un inversione delle prospettive, conducesse al contrario al risultato paradossale che le seconde finissero per adattarsi al primo. Si allude cioè alla tendenza adottata dal legislatore e da parte della dottrina di accostarsi al nuovo fenomeno percorrendo strade già note, ossia seguendo il modello che il nostro ordinamento già conosceva in chiave tuttavia esclusivamente individualistica[64].

---

rendesse «inadatti a risolvere conflitti non integralmente interprivati, a dar rilievo ad interessi non riconducibili alla sfera del singolo». L'A. incisivamente ha peraltro evidenziato come tutto il sistema del diritto privato fosse stato concettualmente edificato attorno all'archetipo del diritto di proprietà a scapito di una diversa e maggiore valorizzazione della dimensione collettiva degli interessi tutelati: «tale vicenda si scorge in modo particolarmente netto – osserva a tal proposito l'A. – seguendo la storia dell'istituto della proprietà, in cui è ravvisabile una linea lungo la quale si collocano [...] lo smantellamento delle proprietà collettive e la risoluzione della proprietà pubblica nella proprietà individuale dello Stato; la costruzione in forme atomistiche anche della comproprietà identificandosi la posizione dei comproprietari più con la titolarità di una singola quota "ideale" (accentuandosi cioè l'a- spetto individualistico); l'utilizzazione dello schema della proprietà individuale come mezzo per fissare in capo al singolo gli interessi di cui si fa portatore, scorporando tutti quelli che non possono trovare un punto di riferimento in una situazione proprietaria formalizzata». (p. 90)
E ancor più laconico PARDOLESI, '*Il problema degli interessi collettivi e i problemi dei giuristi'*, in Atti Convegno Pavia, op. cit., che rimarca «lo "spessore" degli istituti privatistici; o, per meglio dire, il modo di essere della cultura giuridica che li tramanda, sorda ad ogni logica diversa da quella individuale» (p.262).

[64] E' il difetto intrinseco della riflessione teorico che ravvisa in termini espliciti DONZELLI, op. cit., il quale parla di una inversione del corretto *iter* logico-ricostruttivo tale per cui, anziché procedere prima alla comprensione della natura del fenomeno e riconoscerne la meritevolezza del loro riconoscimento giuridico per poi tentare un loro possibile incasellamento negli istituti preesisenti, la dottrina dell'epoca sia stata «influenzata dalle difficoltà che si riscontravano nel far rientrare questi interessi nelle «scatole» concettuali tradizionalmente note o tradizionalmente concepite e da dette difficoltà ci si è più o meno consapevolmente mossi per percorrere la strada che dall'apprezzamento di talune particolari esigenze di protezione conduce alla loro tutela giuridica. […] Sul tema ha gravato da sempre non solo la profonda incertezza di una nozione - quella di interesse, mai

Volgendo infine lo sguardo all'analisi delle questioni più pratiche con cui gli studiosi si sono dovuti misurare a lungo nel processo di ideazione di un modello teorico di tutela giurisdizionale collettiva, si possono individuare tre fondamentali punti su cui si è concentrata maggiormente l'attenzione: la configurazione dogmatica dei nuovi strumenti di tutela; la corretta individuazione dei legittimati ad agire; il trattamento processuale della controversia con particolare riferimento al problema dei limiti soggettivi del giudicato.

Il momento culminante del dibattito sul tema è probabilmente costituito dal Convegno di Pavia del 1974[65], in cui la dottrina aveva intravisto nella formula degli interessi "sovraindividuali" i segni di una imminente scissione tra strutture tradizionali e nuovi contenuti di tutela, ritenendo peraltro l'espressione altamente equivoca. Incertezze terminologiche e di inquadramento dogmatico cominciarono a venire prepotentemente a galla e ad esse contribuì non soltanto la straordinaria trasversalità della tematica, ma anche e soprattutto l'incapacità di passare correttamente dal piano di riflessione *lato sensu* sociologico e pregiuridico alla ricostruzione dogmatica del concetto e al conseguente riconoscimento della tutela giuridica[66], al punto che taluno ha definito tale categoria di interessi una «nebulosa dai contorni vaghi e oscillanti»[67].

---

propriamente definita - ma anche il difficile inquadramento di certi meccanismi di tutela giuridica non agevolmente riconducibili sotto il pur ampio ed accogliente ombrello del diritto soggettivo». (p. 307)

[65] I risultati di tale incontro si trovano raccolti nel volume '*Le azioni a tutela di interessi collettivi',* Atti del Convegno di studio (Pavia 11-12 giugno 1974), Cedam, 1976, che racchiude, tra gli altri, le relazioni di Vittorio Denti, Massimo Severo Giannini, Stefano Rodotà, Mauro Cappelletti, Giorgio Costantino, Roberto Pardolesi, Andrea Proto Pisani.

[66] PROTO PISANI, '*Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interesssi collettivi (o piu esattamente superindividuali innanzi al giudice civile ordinario)',* in *Le azioni a tutela degli interessi collettivi, Atti del Convegno di Studio - Pavia 11-12 giugno 1974*, Padova, 1976, p.263 ss. alludeva anzututto al fatto che l'espressione fosse «adoperata in significati spesso radicalmente diversi dagli amministrativisti, dai civilisti, dai costituzionalisti, dai giuslavoristi». E inoltre denunciava la dannosa propensione mentale, che è andata gradualmente accentuandosi, di confondere ottica pre-giuridica ed ottica propriamente giuridica, facendo inevitabilmente gravare le conclusioni parziali ottenute sul secondo piano nella corretta determinazione del fenomeno, con il risultato di non rendere agevole per gli interpreti l'individuazione di quali siano i tratti salienti di una certa nozione proposta, che risiedano effettivamente sul piano ontologico, anziché derivare da esigenze di ricostruzione giuridica dettate dall'ordinamento o dai modelli ricostruttivi generalmente accolti: «Ciascuno ha presente dei fenomeni particolari, non sempre esplicitati, e con riferimento ad essi ed ad essi soli rischia spesso di svolgere un discorso che, almeno apparentemente, ha la pretesa della generalità».

[67] Si allude all'espressione utilizzata da PARDOLESI, op. cit., p. 259 ss. L'A, tra gli altri, non taceva tutto il proprio scetticismo concludendo che «L'alternativa tra una nozione che affondi le sue radici nel "mondo" del

Fin da subito la qualificazione del fenomeno sul piano dapprima ontologico, infatti, assurse a principale terreno di scontro e incertezze non ancora del tutto sopite. Non possono qui richiamarsi tutte le diverse concezioni presentate dagli studiosi nel corso di un itinerario che si proietta nel passato per più di un secolo, ma sicuramente, avvalendoci di una necessaria semplificazione, si può affermare che in linea di principio alla dottrina che considerava gli interessi sovraindividuali in maniera unitaria e priva di nette distinzioni (tesi monista), si sono man mano affiancate le posizioni di chi invece ha rilevato la ripartizione del fenomeno in due sottocategorie (tesi dualista): da un lato, gli interessi «collettivi» e dall'altro gli interessi «diffusi»[68], che più in generale riflettono due diverse concezioni, l'una incline a inquadrare il fenomeno degli interessi «sovraindividuali» secondo un criterio oggettivo-unitario, l'altra tendente a rilevarne l'essenza in chiave soggettiva-personale[69]: si trattava, al fondo della questione, di chiarire se l'interesse collettivo potesse configurarsi come un'aggregazione di una pluralità di distinte posizioni di interesse individuale o piuttosto se consistesse in qualcosa di diverso. Si tenga conto che tale essenziale dicotomia di approcci, che ci

---

diritto ed un'altra, che mutui altrove i suoi indici di rilevazione, sembra […] destinata a sciogliersi, a tutto favore della seconda». Si trattava della naturale propensione della riflessione dottrinale, che di fronte ad una nuova classe di interessi e nell'indubbia difficoltà di favorirne l'integrazione all'ordinamento, ha cercato in primo luogo di comprenderne le dinamiche reali del fenomeno sottostante. Col passare degli anni, però, la divisione dei piani di apprezzamento del fenomeno tenderà a sfumare con la conseguenza che a prevalere è la pragmatica prospettazione di soluzioni tecnico-giuridiche ad incidere a ritroso sulla sistemazione delle problematiche relative ai profili qualificatori del concetto di sovraindividuale.

[68] La necessità di tenere distinti i due fenomeni prese piede in occasione del già citato Convegno di Pavia e iniziò progressivamente a svolgere la sua influenza incentivando la dottrina successiva a porsi sulla scia di tale *summa divisio*. di particolare rilievo fu la posizione adottata in merito da GIANNINI nel suo *Intervento* al Convegno e poi nella *Relazione,* entrambi in '*Le azioni a tutela di interessi collettivi',* op. cit., rispettivamente a p. 23 ss. e 352 ss. nonché da VIGORITI, op. cit*., passim.* in termini simili.

Sul versante opposto si colloca la dottrina che, considerando le due espressioni ugualmente idonee a contrassegnare un fenomeno unitario nella sostanza e quindi pienamente fungibili sotto il profilo terminologico, preferisce adottare la generica formula di interesse sovraindividuale. Tale indirizzo ha trovato svolgimento su un piano di riflessione poco problematico ritenendo per lo più irrilevante l'importanza dello studio della struttura formale di tale interesse ai fini di una corretta ricostruzione giuridica. Su queste posizioni possono annoverarsi, senza alcuna pretesa di completezza e tenendo conto *in primis* dei partecipanti al Convegno, CAPPELLETTI, op. cit*.,* p.192; PROTO PISANI, op. cit., p. 263; DENTI, *Relazione introduttiva*, cit. p. 16, per il quale «la stessa nozione di interessi collettivi non è priva di ambiguità, e ciò non soltanto per gli echi di sapore corporativo che inevitabilmente suscita a chi ricordi le sottili distinzioni tra interessi di gruppo e interessi generali, o di serie, che caratterizzarono la dottrina di quel periodo».

[69] Esaustivo nel ripercorrere e ricostruire i termini essenziali della disputa teorica FIORIO, op. cit., spec. p.1450-1463

accingiamo ad analizzare più approfonditamente, ha influito in senso decisivo nella successiva scelta delle diverse opzioni di ricostruzione giuridica.

2.1. Tesi oggettiva

Più specificamente, secondo il criterio oggettivo, che trae le proprie origini nella nozione di "categoria" sviluppatasi nel sistema corporativistico e successivamente riadattato in epoca Repubblicana dalla dottrina giuslavoristica, l'interesse sovraindividuale (o più propriamente «diffuso» secondo la tesi dualista) corrisponde «all'interesse di una pluralità di persone a un bene idoneo a soddisfare un bisogno comune. Esso non è la somma di interessi individuali, ma la loro *combinazione* ed è *indivisibile* nel senso che viene soddisfatto, non già da più beni atti a soddisfare bisogni individuali, ma da un unico bene atto a soddisfare il bisogno della collettività»[70]. L'incidenza plurisoggettiva di tali situazioni giuridiche si ricollega alla questione fondamentale concernente il conseguimento di un bene giuridico da parte di più soggetti. Il criterio discretivo fra la tradizionale categoria dei diritti soggettivi individuali e quella innovativa degli interessi sovraindividuali viene cioè fatto dipendere dalle distinte modalità di soddisfacimento della situazione soggettiva di vantaggio giuridicamente rilevante (e non di mero fatto) dei componenti del gruppo. Mentre per i primi tale soddisfacimento avviene necessariamente su base individuale, il *proprium* dei secondi risiede nella non escludibilità del bene della vita conseguibile tramite l'esercizio collettivo: la sua fruizione è assicurata esclusivamente (per natura o per legge) attraverso una tutela giurisdizionale unitaria, poiché l'utilità oggetto della situazione di vantaggio (e conseguentemente il provvedimento di merito ottenibile) è insuscettibile di appropriazione esclusiva[71]. Si tende da questa prospettiva a raffigurare tali interessi come "adespoti", cioè

[70] Si tratta di una definizione di SANTORO PASSARELLI estrapolata dall'opera *Nozioni di diritto del lavoro,* 35° edizione, E. Jovene, 1995, p. 22

[71] «rispetto al quale il godimento dei singoli, o dei gruppi, non è limitato dal concorrente godimento degli altri membri della collettività». Così DENTI, op. cit., p.307, che rinviene i tratti descrittivi essenziali degli interessi sovraindividuali nei concetti di 'transindividualità' e 'indivisibilità' dell'oggetto. L'A. inoltre, si avvale della materia della tutela dei consumatori per meglio chiarire la distinzione: «gli interessi diffusi prescindono dalla titolarità, nei soggetti portatori, di rapporti giuridici comuni ad una pluralità di consociati o aventi comunque elementi di collegamento nell'identità dell'interesse perseguito. Ciò comporta la necessità di distinguere, nell'ambito di fenomeni che solitamente si riportano all'area degli interessi diffusi (quali la tutela dei consumatori o degli utenti di pubblici servizi), la domanda di tutela da parte di soggetti identificabili per la titolarità di rapporti contrattuali in atto (gli acquirenti di un dato prodotto, gli utenti di un dato servizio) dalla

non riferibili ad un soggetto determinato, non frazionabili in capo ai singoli e quindi sostanzialmente privi di un proprio portatore e di una propria organizzazione rappresentativa. In questi termini l'interesse collettivo non consisterebbe quindi nella mera risultante dei distinti diritti soggettivi di una pluralità di soggetti, ma piuttosto trarrebbe sostanza concettuale dall'inscindibilità e dalla sintesi della loro aggregazione al fine del soddisfacimento di un bisogno comune[72]. Una siffatta accezione si fonda dunque su un processo di spersonalizzazione astratta della collettività, concepita come soggetto di interesse autonomo rispetto ai membri della stessa. La titolarità della posizione sostanziale subisce cioè un processo di "polverizzazione" approdando ad una visione unitaria e a-soggettiva dell'interesse collettivo non più confondibile con ciascuno degli interessi individuali riferibili ai componenti della categoria di riferimento[73]. Coerentemente si tendeva in genere a ricorrere alla *fictio iuris* costituita dall'imputazione di un diritto soggettivo in capo a un organismo/ente esponenziale, esterno alla collettività tutelata e istituzionalmente preposto alla promozione e alla protezione di detti interessi in giudizio. Si trattava di un processo di «soggettivazione», percepito come un passaggio necessario al fine di attribuire la posizione di vantaggio ad un soggetto sostanzialmente unico e determinato che potesse colmare l'indeterminatezza e l'indifferenziazione caratterizzanti la titolarità dell'interesse sovraindividuale. Per altro verso trovarono spazio considerazioni ricostruttive capaci di imprimere una contrapposizione ontologica tra interessi individuali ed interessi collettivi a vantaggio del riconoscimento di situazioni soggettive di portata sovraindividuale, da tenere

---

domanda di tutela in via generale e preventiva da parte di consumatori o di utenti potenziali, che facciano valere l'interesse generale, ad esempio, alla lealtà della informazione pubblicitaria o alla correttezza nell'uso dei mezzi di comunicazione» (p. 307).

[72] Tale congiunzione fra gli interessi «prescinde dalle volontà individuali e si presenta come un fenomeno meramente oggettivo, dipendente solo dall'attitudine del bene ad essere goduto da più soggetti contemporaneamente». Così VIGORITI, *Interessi collettivi e processo, La legittimazione ad agire,* Giuffrè, Milano, 1979, pag.20

[73] DONZELLI, op.cit., p. 278, puntualizza sul punto: «Immagine altrettanto chiara di questa concezione ricorre nella definizione dell'interesse collettivo come «interesse senza struttura» […] in cui la necessità giuridica di soggettivare l'interesse tutelato mediante l'imputazione dello stesso ad un ente portatore tende a mascherare una concezione sostanzialmente a-soggettiva dell'interesse materiale. […] in cui cioè la polverizzazione del referente soggettivo conduce ad una visione unitaria dell'interesse che lo distingue da quello individuale».

rigorosamente separate dai tradizionali diritti soggettivi[74] e tali da collocarsi a metà strada fra la dimensione privata del diritto soggettivo e quella pubblica dell'interesse legittimo dando vita ad un *tertium genus* del tutto alternativo dalle situazioni di vantaggio conosciute.

[74] «per un verso perché le utilità pratiche derivanti dalla loro tutela in giudizio ricadono prevalentemente su soggetti diversi da quelli ai quali spetta l'azione […] e, per altro verso, perché esse non coincidono con i diritti soggettivi dei maggiori benché indiretti - beneficiari di tale tutela.» Così GIUSSANI, '*La tutela di interessi collettivi nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori',* in *Danno e responsabilità*, 1998, p.1062, il quale peraltro fa confluire nel contenitore classificatorio «azioni collettive» tanto quelle in cui la situazione giuridica tutelata è costituita dall'interesse collettivo, quanto quella volta a far valere diritti soggettivi altrui.

2.2. Tesi soggettiva

L'opposto orientamento, di matrice più marcatamente liberale, respinge l'inquadramento dell'interesse sovraindividuale come categoria autonoma e ne valorizza piuttosto la dimensione soggettiva/personale. Esso designerebbe cioè un aggregato, un fascio, un insieme di più interessi individuali ugualmente orientati (ossia di uguale contenuto) verso un unico bene ma comunque non riconducibili ad unità. Ciascuna situazione giuridica soggettiva è pur sempre dotata di autonomia in quanto consiste in un rapporto diretto e proprio fra soggetto e bene[75]. La particolarità sta semplicemente nella circostanza che il medesimo bene è idoneo a soddisfare più interessi e che sovente tali interessi danno vita ad un fenomeno di aggregazione organizzatoria in strutture preposte alla tutela degli interessi del gruppo. Gli interessi «collettivi» si apprezzerebbero cioè in relazione a gruppi non occasionali, ma stabili, determinati o facilmente determinabili, tipici di una collettività più ristretta e delimitabile all'interno di una indifferenziata collettività generale. Ne deriva il carattere propriamente "corporativo" di tale interesse[76]. Tale impostazione muove quindi

[75] «Gli interessi collettivi dedotti in giudizio infatti, costituiscono la proiezione, in una dimensione superindividuale, dei diritti soggettivi individuali e godono della medesima natura (sostanziale) di questi ultimi» (VIGORITI, op. cit., p.20).
Seguendo siffatta prospettiva, per interesse «collettivo» si alluderebbe a «quella particolare relazione di compatibilità e concorrenza tra distinti interessi individuali, determinata dalla circostanza che un'unica situazione, con il suo avverarsi, è idonea a soddisfare più interessi. Che poi [...] sia talora necessario che si realizzi un comportamento collettivo per garantire l'avverarsi della situazione favorevole ciò non cambia nulla nella struttura dell'interesse» Così ragionando è evidente la forzatura della contrapposizione fra l'interesse individuale e interesse collettivo, «in quanto in entrambi i fenomeni abbiamo a che fare con interessi che, in quanto tali, non possono che essere individuali, ossia appartenenti all"individuo. Sarebbe più corretto, quindi, per differenziare, distinguere tra interessi (individuali) esclusivi e interessi (individuali) collettivi» (DONZELLI, op. cit., p. 302).
[76] In tal senso si orienta DENTI, op. cit., p. 307, secondo cui: «il criterio distintivo, quindi, non è dato dalla organizzazione degli interessi, che può essere presente (ma non necessariamente) anche nel perseguimento degli interessi diffusi, ma dal carattere "corporativo", in senso proprio, degli interessi medesimi. […] In definitiva, se gli interessi «diffusi» sono e restano interessi generali, anche quando interviene una organizzazione per la loro tutela, gli interessi «collettivi» sono interessi di una categoria, necessariamente imputabili ai gruppi o alle associazioni che se ne fanno portatori».
In termini simili GIANNINI, *Relazione al Convengo, o*p. cit., p.23 ss., a detta del quale ciò che davvero rileva per la distinzione, più che il dato fenomenico, è la presenza di un portatore qualificato dalla legge e quindi legittimato a disporre degli interessi, senza il quale gli interessi appaiano correlati ad uno stato "fluido" e

dalla considerazione dell'assoluta astrattezza del modello oggettivo: tracciare una linea di demarcazione netta tra interessi individuali e sovraindindividuali (nell'accezione di «diffusi»), imputando questi ultimi ad un soggetto entificato che li riassuma e ne consenta il soddisfacimento, equivarrebbe in realtà ad una finzione priva di riscontro con la realtà. Posto che la nozione di "interesse*" tout court* è strettamente legata a quella di bisogno, e che il bisogno, si fa notare, è un'attitudine dell'uomo singolo, anche gli interessi sovraindividuali si risolvono sempre in bisogni comuni a tutti gli individui che ne fanno parte[77]. Invero, anche se nella categorie di individui vi sia una concorde aspirazione al conseguimento del medesimo bene, idoneo a soddisfarne i rispettivi interessi, deve rammentarsi che tale bene è pur sempre perseguibile in via individuale. Semmai, invece, ci si avvede facilmente della circostanza che nella realtà pratica determinati beni, seppur conseguibili singolarmente da ciascun componente del gruppo in maniera identica, potranno essere più proficuamente conseguiti in maniera collettiva[78]. A monte vi sarebbe la consapevolezza dei singoli soggetti della relazione

---

"magmatico" in quanto riferibili a collettività indeterminate poiché ancora in fase di piena presa di coscienza della comunanza delle posizioni di vantaggio.

[77] In generale sulla nozione di interesse v. JAEGER, '*L'interesse sociale'*, Milano, 1964, secondo il quale esso consiste nella «relazione tra un soggetto cui fa capo un bisogno e il bene idoneo a soddisfare tale bisogno, determinata nella previsione generale ed astratta di una norma» (p.3). E' lo stesso A., che inserendosi nel dibattito, afferma: «i titolari degli interessi collettivi sono sempre ed esclusivamente le singole persone fisiche portatrici dei bisogni che richiedono soddisfazione». Prosegue quindi riconoscendo l'impossibilità di «contrapporre l'interesse collettivo a quello individuale, attribuendo il primo a soggetti diversi dagli uomini, perché solo gli uomini possiedono dei bisogni, e anche i bisogni che sembrano appartenere ad un organismo sociale si risolvono in bisogni comuni a tutti gli individui che ne fanno parte» (p.9). Ed infine sottolinea ancora che «ciò non significa, tuttavia, come vuole una formula tanto amata quanto priva di senso logico, che l"interesse collettivo sia una somma di interessi individuali». Il riferimento è alla dottrina liberale ed in particolare a BENTHAM, '*Introduction to the Principles of Morals and Legislation'* (del 1789), Oxford, 1960, p. 126, stando al quale «the interest of the community is ... the sum of the interest of the several members who compose it». Analogamente, fra i tanti, anche VIGORITI, op. cit., nega la riproposizione delle vecchie tesi dell'interesse collettivo come semplice somma di interessi individuali ma al contempo riconosce che la valenza collettiva di una situazione giuridica influisce sul suo contenuto e sul suo esercizio. «Una cosa è un interesse meramente individuale, altra e ben diversa cosa è un interesse individuale "collettivo", e cioè fatto proprio da un insieme di persone consapevoli dell'esistenza di una dimensione diversa». (p. 25)

[78] Sul punto ancora VIGORITI, op. cit., che ribadisce la sussistenza di una peculiare relazione tra i vari interessi tale che gli stessi sono distinti, nel senso di indipendenti, ma allo stesso tempo coordinati. Tutt'al più, il necessario coordinamento delle volontà, e cioè il fatto organizzativo incide sulla gestione delle iniziative in concreto adottate. Sottolinea l'A., infatti, che «una cosa è il fatto che le aspirazioni siano tutte dirette verso il conseguimento del medesimo bene. altra cosa è affermare che l'obiettiva indivisibilità debba essere una caratteristica costante del bene a cui aspirano gli interessi correlati. Il collettivo può benissimo formarsi per

che lega i loro interessi e dell'intenzione di riferirli alla collettività piuttosto che a se stessi[79]. Riassumendo, secondo questa ricostruzione gli interessi definibili «collettivi» sarebbero di uguale contenuto, riferibili a soggetti diversi e organizzati per il raggiungimento del medesimo fine. Solo quest'ultimo tratto condurrebbe alla distinzione con l'opposta categoria degli interessi «diffusi» (o adespoti), i quali resterebbero in una dimensione meramente atomistica, mentre gli interessi «collettivi», pur non perdendo la loro individualità, in virtù della loro organizzazione acquisterebbero una veste unitaria che assicura unicità di trattazione ed uniformità di azioni[80]. In sostanza le due sotto-categorie indicano due stadi diversi di un fenomeno omogeneo nella sostanza.

---

soddisfare aspirazioni verso beni obiettivamente divisibili, e in astratto anche individualmente perseguibili, ma a giudizio dei cointeressati meglio perseguibili coordinando le iniziative». (p.20)
In questo ordine idee si pone chi, abbracciando interamente la prospettiva dell'analisi fenomenologica pregiuridica, individua nel momento organizzatorio la nascita di una relazione tipica tra gli interessi preesistenti in virtù della quale questi, mutando natura sostanziale, da diffusi diverrebbero effettivamente «collettivi». In tal senso la sussistenza di un ente rappresentativo rappresenta l'effetto organizzatorio degli interessi, la risposta alla necessità giuridica di assegnare la posizione di vantaggio ad un soggetto sostanzialmente unico e determinato che possa assurgere a «despota» dell'interesse sovraindividuale. Il momento organizzatorio dunque assume una funzione determinante nel passaggio dal piano meramente ontologico a quello tecnico-giuridico in cui si proietta, giustificando le diverse soluzioni apprestate.
Adotta la prospettiva contraria, ma giungendo a conclusioni simili, GIANNINI, *Relazione al Convegno,* op. cit., p.350 ss., per il quale la distinzione tra interessi diffusi e collettivi fondato sul *discrimen* del carattere "adespota" trova fondamento esclusivamente nei criteri imposti dall'ordinamento giuridico, e non nella realtà fenomenica: «non è sufficiente un mero criterio oggettivo oggettivo che qualifiche come collettivo qualsiasi interesse di gruppo […], bensì occorre rifarsi alla qualificazione normativa del suo portatore». Mentre cioè nel caso degli interessi diffusi l'ordinamento prende atto che il fattore organizzatorio preesistente incide sulla natura stessa degli interessi modificandone la struttura, negli interessi collettivi invece il ruolo assunto dall'ente non si apprezza più sul piano ontologico-pregiuridico, ma solo sul piano normativo, in cui cioè tale ente rappresenta lo strumento tecnico di cui il diritto si serve per la gestione ed il governo degli interessi giuridicamente tutelabili, divenendo un mero centro di riferimento giuridico dell'interesse. Non vi è traccia invece della possibilità di concepire una titolarità individuale degli interessi collettivi privi di ente rappresentativo che se ne faccia portatore. Sul punto si rinvia alla approfondita ricostruzione compiuta da DONZELLI, op. cit., spec. p.162-185.
[79] L'esistenza di un interesse «collettivo» presuppone cioè che la comunanza solidaristica di interessi sia identificabile *ab externo* e soprattutto *ab interno* riconoscibile dagli altri portatori, di tal ché l'aggregazione strumentale degli stessi in giudizio non sia frutto di costrizione, bensì il risultato di una volontà attiva nell'ottica di un rafforzamento sul piano della tutela giuridica.
[80] Chiarisce ancora VIGORITI, op. cit., p. 43 ss: «le due formule concernono entrambe processi di aggregazione degli interessi individuali ed indicano due stadi diversi di fenomeni omogenei nella sostanza», ma «a livello semplicemente diffuso mancano i meccanismi di coordinamento delle volontà, non si sono saldati quei vincoli che possono dare un carattere unitario ad un fascio di interessi uguali», mentre «a livello collettivo esiste invece un'organizzazione, nel senso che esistono strumenti di direzione e di controllo, e la dimensione supraindividuale degli interessi acquista una sua precisa rilevanza giuridica».

3. La tutela giurisdizionale: i limiti dell'azione individuale

Si badi bene: recepire la figura degli interessi collettivi sotto il profilo sostanziale non equivale automaticamente a riconoscere coerentemente la possibilità della sua tutela giurisdizionale: soltanto negli ultimi decenni in Europa e in Italia, sull'esempio di esperienze giuridiche straniere più risalenti, alla concezione tradizionale dell'azione è subentrata una visione "polisemica", in cui trova autonoma qualificazione la nozione di azione civile collettiva (o «cd. group litigation» sul versante anglosassone**)**, la quale si rivela decisiva nell'ottica di attribuire un'adeguata tutela processuale all'interesse collettivo. Ciò che più importava era rimuovere il principale ostacolo al raggiungimento di tale risultato: si individuò da subito nella concezione individualistica del processo e più in generale del sistema giuridico il vero limite ad un suo possibile adattamento alle esigenze che andavano emergendo nella società civile. Nella nostra analisi sarà imprescindibile partire dalla ricognizione dei profili funzionali e strutturali tipici della tutela giurisdizionale degli interessi individuali per fornire la chiara cornice entro cui contestualizzare il fenomeno degli interessi sovraindividuali e la possibilità di una nuova forma di tutela giurisdizionale.

La premessa da cui muovere è ovviamente costituita dall'apprezzamento normativo che l'ordinamento riserva a certi interessi di ordine materiale. Apprezzamento che tradizionalmente poggia da un lato sul riconoscimento del carattere individuale dell'interesse cioè proprio ed esclusivo di un soggetto; dall'altro sulla considerazione della meritevolezza di tale interesse nella prospettiva di accordargli protezione giuridica. Laddove questo procedimento logico dia esito positivo, sul piano sostanziale si procede ad apprestare la tutela giuridica mediante l'attribuzione di diritti soggettivi rimessi alla titolarità esclusiva e alla piena disponibilità dei rispettivi titolari[81]. Parimenti, nel passaggio dal piano sostanziale al piano processuale, proprio in ragione dell'intimo rapporto di strumentalità che lega

[81] Si ha tutela giuridica laddove, all'interno degli infiniti interessi presenti nella realtà sociale, l'ordinamento ne seleziona taluni ritenendoli prevalenti rispetto ad altri al ricorrere di certe condizioni e conseguentemente predispone tutti gli strumenti che rendono possibile il loro soddisfacimento.

entrambi[82], la natura individuale dell'interesse esercita un'influenza particolarmente intensa: la tutela giuridica di una certa situazione soggettiva dà cioè luogo anzitutto all'attribuzione in via esclusiva del potere di azione al titolare dell'interesse, vale a dire il riconoscimento di una posizione monopolistica di potere circa l'instaurazione-prosecuzione del giudizio di cognizione[83]. La natura individuale dell'interesse si ripercuote immediatamente sul crinale dell'attivazione del meccanismo di tutela, sottostando per il resto ai limiti della tutela giuridica riconosciuta dall'ordinamento al suo interesse[84]. Le modalità con le quali tale meccanismo opera sono cioè direttamente commisurate al modo d'essere del diritto soggettivo sostanziale, rimarcando la perfetta coincidenza tra i destinatari degli effetti del provvedimento e l'insieme dei titolari attivi e passivi della situazione giuridica controversa.

L'azione civile rappresenta quindi lo strumento attraverso cui ottenere tutela giuridica delle situazioni di vantaggio riconosciuta dal diritto sostanziale e diretta al conseguimento dei beni e delle utilità da essa incorporate. Ne deriva un'intima compenetrazione ideale tra situazione sostanziale e processuale[85]. L'una cioè esiste e può concretamente apprezzarsi per mezzo dell'altra: si tratta delle concezioni cd. monistiche dell'azione[86]. Presupposto

[82] Funzione tipica del processo è cioè quella di fornire adeguate risposte di giustizia effettiva agli interessi sostanziali rimasti insoddisfatti.

[83] Per una più esaustiva trattazione della tematica si rimanda a PICARDI, *Manuale del processo civile,* terza edizione, Giuffré, 2013, p.144-162 nonché a GIUSSANI, fra cui in particolare si segnala per esaustività la monografia *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile,* Il Mulino ed., Bologna, 2008, spec. p. 16-21.

[84] Aspetto che può essere abilmente descritto dal principio secondo cui «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto *tutto* quello e *proprio* quello ch'egli ha diritto di conseguire» (cfr. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale,* Napoli, 1928, p.81).

[85] Rileva PICARDI, op. cit., p. 145: «L'azione ha assunto, così, un carattere generale *e* atipico, in quanto è stata concepita, non come una mera *aspettativa*, ma come un *diritto alla tutela giurisdizionale*, garantito a tutti coloro che si affermano titolari di un diritto sostanziale (violato o minacciato). In altri termini, attribuire un diritto sostanziale comporta, anche e soprattutto, assicurare allo stesso tutela giurisdizionale. […] Le uniche distinzioni possibili, nell'ambito del concetto unitario di azione, riguardano il tipo di tutela che può essere conseguita».

[86] ossia, per tali definendosi «sia quelle che risolvevano tutta la fenomenologia giuridica sul piano sostanziale e consideravano l'azione come una semplice proiezione del *diritto soggettivo sostanziale*, sia quelle secondo cui il fenomeno giuridico sarebbe, invece, rilevante solo se ed in quanto venga dedotto nel processo: prima e fuori del processo esisterebbero solo rapporti di fatto e il diritto soggettivo si risolverebbe interamente nell'azione», *ibidem,* p. 146, il quale si dirige verso l'accoglimento di una nozione strumentale di "azione", come cioè ponte, raccordo fondamentale fra fenomeno giuridico sostanziale e processuale: «l'agire in giudizio […] è il diritto di accesso alla giustizia (*access to justice)* riconosciuto a chiunque, cioè il diritto ad un ricorso effettivo, quale mezzo per ottenere la tutela in via giurisdizionale dei propri diritti, violati o minacciati».

indispensabile della tutelabilità giuridica di una situazione giuridicamente rilevante è la coincidenza tra la titolarità esclusiva del diritto e il soggetto legittimato ad agire[87]. La situazione soggettiva protetta dall'ordinamento che si aziona in giudizio deve appartenere a colui che la esercita (o la sua violazione deve essere ascrivibile alla responsabilità di colui contro il quale si agisce). L'ordinamento cioè non consente in linea di principio di esercitare diritti altrui e non contempla generalmente la possibilità di un'azione senza diritto attribuendosi la legittimazione a soggetti diversi da quelli direttamente colpiti dall'illecito[88]. Eccezionalmente possono darsi casi di legittimazione straordinaria in cui un soggetto sarà autorizzato *ex lege* a far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui. In simili ipotesi, dunque, «il legittimato *in via straordinaria* deduce in lite la posizione sostanziale di un altro soggetto e provoca su di lui gli effetti che, di regola, non si potrebbero verificare in assenza del titolare»[89].

Come si è già avuto modo di anticipare, a partire dagli anni Settanta la riflessione giuridica ha dovuto prendere atto di fenomeni sociali in cui l'ampiezza dei soggetti interessati andava assumendo proporzioni sconosciute in precedenza. Lo stato di cose appena descritto comincia a mutare quando cioè la tutela giuridica non è più rivolta alla protezione di un interesse individuale riferibile in via esclusiva ad un soggetto, ma si fa largo l'idea di un'esigenza di protezione di interessi imputabili a più soggetti. Ciascun interesse, sebbene

---

[87] «Presupposto perché il giudice emani un provvedimento di merito, è, innanzitutto, la legittimazione ad agire (detta anche *legitimatio ad causam),* che ha due funzioni fondamentali: da un lato, stabilire colui che può agire o contraddire in giudizio; dall'altro, individuare colui nella cui sfera giuridica inciderà il provvedimento che il giudice andrà ad emanare.» (*ibidem,* p.152)

[88] Si tratta cioè della nozione di legittimazione *ordinaria*, codificata nel nostro ordinamento dall'art. 24, co. 1, Cost., secondo cui, in generale, «è legittimato ad agire colui che si "afferma" titolare del diritto sostanziale per cui chiede la tutela. […] Al legittimato ordinario l'ordinamento attribuisce la titolarità dell'azione e, precisamente, tutto quel complesso di posizioni soggettive processuali […] in cui si concreta l'azione. […] In definitiva, la regole della legittimazione ordinaria comporta, da un lato, che al (preteso) titolare del rapporto sostanziale è riservata la scelta se, come e quando chiedere la tutela; dall'altro, che nella sua sfera giuridica finiranno per incidere tutti i provvedimenti, sia favorevoli che sfavorevoli, di rito o di merito, che verranno emanati dal giudice». (*ibidem,* p.152-153)

[89] Così FAZZALARI, voce '*Sostituzione processuale* (dir. proc. civ.)', in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano, 1990, p.159. Si tratta del principio che nel nostro ordinamento è codificato dall'art. 81 c.p.c., rubricato "sostituzione processuale", ove è prescritto che «fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui».
Istituto simile nello scopo ma diverso nella sostanza è quello della

differente sotto il profilo quantitativo, sul piano sostanziale è contrassegnato dal medesimo dato strutturale: e cioè in talune ipotesi un determinato bene giuridico (o correlativamente l'osservanza di un unico obbligo), realizza il soddisfacimento di più interessi. Invero il problema della tutela degli interessi collettivi *lato sensu* intesi implica un superamento dell'ottica tradizionale-individualistica legata ad una concezione di azione «la quale a sua volta si modella sulla tutela dei diritti soggettivi di origine codicistica»[90], poiché non più rispondente alla ben più complessa realtà attuale[91].

Riguardo le principali questioni da risolvere per garantire l'accesso alla giustizia di questi nuovi interessi vi era chi rinveniva in quattro principali istituti del processo civile il maggior grado di disallineamento rispetto alla nuova realtà[92]: si tratta anzitutto della legittimazione ad agire (lo "*standing to sue*" mutuando il corrispondente concetto di *common law*)[93]; della disciplina delle garanzie processuali (in particolare del diritto al contraddittorio e

[90] Così DENTI, *Relazione introduttiva,* in *Le azioni a tutela di interessi collettivi, Atti del Convegno di Studio*, op. cit., p.15, il quale evidenzia come gli strumenti civilistici esistenti abbiano «come punto di riferimento i rapporti soggettivi interprivati, bilaterali o plurilaterali, che fanno capo alle situazioni giuridiche tradizionali: i diritti reali e i diritti di obbligazione. he fanno capo alle situazioni giuridiche tradizionali: i diritti reali e i diritti di obbligazione. Ciò emerge chiaramente sia dalle norme che disciplinano la instaurazione del contraddittorio (artt. 101 e 102 c.p.c.), sia dalle norme che regolano i limiti soggettivi della cosa giudicata (art. 2909 c.c.). Tutte queste disposizioni, infatti, muovono dalla premessa che nel processo sia dedotto un rapporto giuridico facente capo a soggetti individuati o individuabili, anche se ne sia difficile la identificazione e sia possibile ricorrere alla eccezionale notizia del processo mediante la notificazione per pubblici proclami (art. 150 c.p.c.). La regola fondamentale, al riguardo, è data dall'art. 102 c.p.c., che richiede la presenza nel giudizio di tutti i soggetti nei confronti dei quali la sentenza deve produrre effetti […]».

[91] Ci si riferisce a CAPPELLETTI, op. cit., p.198, che indugia nell'analisi avvertendo che nell'ipotesi in cui non venga superata «una mentalità, ed una struttura del processo, basate su concezioni ottocentesche riflettenti una realtà non più attuale – concezioni puramente individualistiche in tema di tutela giudiziaria dei diritti e interessi legittimi, onde soltanto il soggetto leso in una sua propria, personale, individuale situazione soggettiva è legittimato a chiedere quella tutela –» si giungerà inevitabilmente ad avallare quelle tesi secondo cui dinnanzi ad «un interesse che appartiene a molti non appartiene a nessuno, nessuno lo può portare in giudizio, non c'è insomma accesso alla giustizia per la protezione di questo tipo di interessi». E conseguentemente «il processo civile fallirà nel suo compito essenziale di strumento di tutela dei diritti e fallirà proprio di fronte a questi nuovi diritti, a questi nuovi interessi "legittimi" (in quanto previsti dalla legge), che coinvolgendo interi settori, gruppi, classi, collettività, rappresentano un aspetto quant'altri mai vitale per le società contemporanee».

[92] *ibidem*, p. 199, che appunto allude alle «quattro difficoltà» indicate come quelle principali con cui doversi confrontare per assicurare la giustiziabilità degli interessi sovraindividuali.

[93] Come noto, il problema della legittimazione ad agire in giudizio concerne essenzialmente il problema dell'individuazione dei soggetti che in concreto possono attivare la funzione giurisdizionale, ponendosi cioè come fondamentale condizione dell'azione processuale.

del diritto di difesa); dell'ordinario regime dei limiti soggettivi e oggettivi del giudicato; della funzione repressiva e nel contenuto risarcitorio delle misure sanzionatorie dell'illecito.

Nelle situazioni di rilievo sovraindividuale, di conseguenza, è del tutto fuori luogo la riproposizione dell'automatica correlazione tra titolare della posizione di vantaggio e legittimazione a dedurla in giudizio[94]. Quando cioè si deduce nella vicenda giudiziale una situazione di vantaggio di tipo collettivo, non è richiesta necessariamente, ai fini della legittimità del procedimento e dell'efficacia della decisione, la presenza di tutti i titolari delle posizioni sostanziali correlate. Piuttosto occorrerà procedere su un terreno diverso, quello dell'opportunità e dell'effettività della tutela poiché una simile circostanza «importa che le ragioni siano fatte valere da chi è in grado di assolvere al compito in maniera adeguata e rispondente all'interesse di tutti, per cui è da ritenersi assolutamente naturale che legittimati ad agire possano essere anche alcuni soltanto dei molti titolari degli interessi fra loro correlati in maniera collettiva»[95]. Non bisogna cioè cadere nell'errore logico di far coincidere

[94] Rileva ancora con arguzia PICARDI, op. cit., p. 156-157: «A questo proposito si è parlato di *diritti senza azione*. Una volta che, per legge o in via interpretativa, i predetti "interessi" siano stati riconosciuti sul piano del diritto sostanziale, non ha, però più senso ipotizzare diritti senza azione, perché, come si è già detto (v. *retro* nota 83), l'azione, in quanto generale ed atipica, si ricollega ad ogni posizione sostanziale». E prosegue centrando il cuore della questione che a noi interessa: «Dal principio dell'azione individuale […] si è progressivamente passati a prevedere meccanismi processuali capaci di ricomprendere, all'intero dello stesso processo, anche le posizioni soggettive di categorie più ampie di soggetti. […] Nei confronti di posizioni giuridiche a dimensione superindividuale, anzitutto, sorge però il problema di identificare *a chi spetti l'iniziativa* di farle valere in giudizio al fine di promuoverne la tutela. Si tratta di un profilo delicato, soprattutto per due ordini di motivi. Da un lato, si è osservato che l'individuo isolato, di solito non agisce […]. Dall'altro, occorre, comunque, evitare una moltiplicazione di giudizi individuali da parte di una serie indefinitia di soggetti (le cd. *azioni seriali)*, con il rischio di decisioni contrastanti e, comunque, col pericolo di ingolfare ulteriormente il sistema giudiziario».

[95] VIGORITI, op. cit., p.101, dalle cui osservazioni si trova piena conferma della compatibilità di questa ipotesi ricostruttiva con la garanzia costituzionale del diritto di azione sancita dall'art. 24, co.2, Cost: ««il contenuto precettivo essenziale della norma costituzionale non soffre deroghe per il fatto che in presenza di più interessi uguali, fra loro correlati in maniera collettiva, la legittimazione ad agire venga attribuita ad alcuni soltanto dei titolari di tali situazioni. In questi casi, infatti, le esigenze di garanzia e di tutela sono obiettivamente diverse da quelle degli interessi strettamente individuali e il principio della correlazione fra titolarità della posizione sostanziale e legittimazione ad agire adattandosi a tali esigenze viene ad assumere un contenuto particolare. Esso suona nel senso che, mentre sarebbe incostituzionale negare a tutti i titolari delle situazioni correlate la legittimazione ad agire [...] non è affatto necessario che tutti i titolari indistintamente debbano essere legittimati ad agire, e non è pertanto in contrasto con l'art. 24 Cost. considerare in maniera unitaria il fascio delle situazioni sostanziali fra loro correlate ed attribuite ad alcuni soltanto dei molti titolari la legittimazione ad agire a tutela dell'interesse proprio e collettivo».

esattamente il concetto di azione civile collettiva con quello di tutela dell'interesse collettivo. In teoria la via d'elezione per l'accesso alla giustizia delle situazioni di vantaggio individuale è l'azione ordinaria contraddistinta da alcuni fermi principi: *in primis* la legittimazione individuale e in secondo luogo gli effetti *inter partes* del giudicato. Di fatto però sono ostacoli di ordine pratico che nelle ipotesi di serialità dell'illecito rendono necessaria l'elaborazione di regole processuali speciali idonee ad adattare la dinamica giurisdizionale collettiva alla tutela di situazioni sostanziali di carattere pur sempre individuale.

(*segue)* L'obbligo di condotta: un possibile raccordo fra diritto soggettivo e tutela collettiva

Si è già posta in risalto la difficoltà che la dottrina ha manifestato nel confrontare i nuovi contenuti di tutela con le categorie tradizionali[96]. L'itinerario ricostruttivo seguito dalla dottrina ebbe a confrontarsi principalmente con il problema della corretta situazione giuridica soggettiva da chiamare in causa in ordine all'inquadramento dogmatico degli interessi sovraindividuali.

Mentre le concezioni soggettivistiche che concepivano l'interesse collettivo come aggregato di separati interessi individuali hanno con più facilità ricondotto la nuova figura a situazioni giuridiche soggettive tradizionali ed in particolar modo al diritto soggettivo (inteso quale entità elementare in un sistema civilistico posto in prevalenza a tutela di interessi individuali); gli orientamenti che hanno accolto l'opposto nozione dell'interesse collettivo quale ente unitario e inscindibile, hanno affrontato una situazione più complessa sul piano della giuridicizzazione degli interessi. Sullo sfondo si poneva infatti la questione dell'imputazione del macro-interesse ad un soggetto in grado di attivarne la tutela e di garantirne la gestione unitaria nella vicenda processuale. E' proprio in questa delicata fase di giuridicizzazione della nuova figura di interessi, allorché quindi si è posta l'esigenza concreta del loro riconoscimento, che si è presa piena coscienza dei limiti dell'ordinamento preesistente.

Ma concordando sull'opportunità di offrire tutela ai nuovi interessi e prescindendo dalla configurazione dogmatica da adottare (ossia dalla preferibile ricostruzione della tutela in termini di protezione di diritti soggettivi in senso tradizionale piuttosto che di nuove ed

[96] Si trattava in particolare di adattare le nuove figure di interessi a quelle preesistenti dei diritti soggettivi e interessi legittimi E in particolare ai primi per quanto concerne il processo civile. A una simile operazione ostavano le caratteristiche ontologiche degli interessi sovraindividuali, e più specificamente innanzitutto l'indeterminatezza o indeterminabilità dei singoli appartenenti alla categoria interessata nonché l'impossibilità di offrire adeguata tutela giurisdizionale agli interessi collettivi e diffusi secondo le forme di tutela dei diritti soggettivi tradizionali, e, non da ultimo, la non convenienza del singolo ad attivare, alla luce dell'esiguità eventuale del danno subito, una tutela giurisdizionale ai fini unicamente risarcitori.

incerte figure giuridiche), ciò che a monte ostacolava il raggiungimento di tale risultato risiede nella mancanza di un requisito strutturale minimo necessario per poter attivare una situazione giuridica protetta in sede giurisdizionale: l'esistenza di un obbligo di condotta elevabile ad antecedente logico-giuridico rispetto alla risoluzione di tutti i successivi interrogativi circa: la natura e la configurazione dogmatica degli interessi tutelati, la titolarità dei medesimi, le forme che l'attività giurisdizionale debba assumere[97].

Procedendo con ordine, con il termine «diritto soggettivo» ci si riferisce alla posizione giuridica corrispondente a quella dell'obbligo. Ciò non si esaurisce in una constatazione formale della connessione biunivoca che intercorre tra i due elementi indicati (diritto-obbligo), bensì si intende evidenziare tanto l'irriducibile carattere intersoggettivo del diritto, quanto la tecnica da questo adottata per assicurare la tutela degli interessi umani, ovvero regolare i comportamenti mediante l'imposizione di limiti e vincoli ad essi. In termini sintetici ed estremamente limpidi: «L'analisi logico-empirica porta, infatti, alla fondamentale conclusione, che il *piano di incidenza* pratica del diritto è quello dei comportamenti umani e che su tale piano il *punto di incidenza* è segnato dall'obbligo; risultato la cui plastica dimostrazione, peraltro, è data dall'esito esecutivo-attuativo della tutela giurisdizionale»[98].

La tutela giuridica opera secondo un modello che sul piano sostanziale si presenta del tutto lineare e che non varia in ragione della portata dell'interesse coinvolto (individuale o collettivo): selezionati cioè gli interessi meritevoli di tutela l'ordinamento impone obblighi destinati a soddisfarli. Il comportamento doveroso previsto quale effetto dalla norma rappresenta una situazione di vantaggio per una serie più o meno determinata di soggetti interessati, che si presentano come destinatari dell'obbligo e ulteriormente come titolari di un loro autonomo potere di azione. Si tratta di quel fenomeno di correlazione logica di interessi

[97] Questo snodo fondamentale nei termini del dibattito si deve primariamente a DENTI, op. cit., p.41, che individua nell'imposizione di un obbligo giuridico l'elemento strutturale minimo di cui il diritto si serve per tutelare gli interessi. Su questa linea di pensiero si colloca anche PROTO PISANI, op.cit., p. 237, che coglie il nucleo del problema individuandolo non tanto sul piano processuale quanto su un piano antecedente, se vogliamo politico, di selezione degli interessi cui accordare protezione giuridica.

[98] DONZELLI, *La tutela,* op. cit. p. 397 ss, al quale peraltro si rimanda per una ricostruzione davvero comprensiva e originale nel fornire una soluzione alla problematica in questione.

individuali di eguale contenuto cui si può ricondurre la nozione di interesse collettivo al netto della varietà di soluzioni accolte sul piano dogmatico: esso cioè si realizza quando due o più interessi sono *compatibili* (cioè il soddisfacimento dell'uno non esclude il soddisfacimento dell'altro) e *concorrenti* (cioè il soddisfacimento dell'uno comporta sempre il soddisfacimento dell'altro)[99]. Il bene collettivo al cui conseguimento è diretto l'interesse della collettività di riferimento consiste proprio nell'osservanza del comportamento doveroso da parte del soggetto obbligato che realizza una situazione favorevole in grado di soddisfare l'intera serie di interessi senza che a ciò osti l'indeterminatezza dei soggetti a cui la tutela giuridica si riferisce[100]. Se quindi quell'obbligo è posto per soddisfare più interessi di più individui, conseguentemente con riguardo alle ipotesi di violazione non può concepirsi una violazione in senso tecnico di infiniti diritti soggettivi, ma piuttosto dell'unico interesse collettivo che racchiude tutte le pretese dei singoli: sul piano formale infatti la violazione è sempre e solo inosservanza dell'obbligo. Soltanto tracciate queste corrette coordinate teoriche si coglie il substrato su cui innestare soluzioni corrette alla difficoltosa operazione di

[99] Si tratta dei predicati che utilizza DONZELLI, op. cit., p.270 ss., per descrivere il fenomeno degli interessi sovraindividuali: «In definitiva, se il concetto di interesse è la tensione che si realizza tra il soggetto ed una certa situazione valutata positivamente; se il soddisfacimento dell'interesse si apprezza con il realizzarsi della situazione favorevole; e se, infine, gli interessi concorrenti sono quegli interessi compatibili in cui al soddisfacimento dell'uno consegue necessariamente il soddisfacimento dell'altro, allora appunto possiamo ribadire che ciò che va sotto il nome di *interesse collettivo* non è null'altro che un'*insieme di interessi individuali compatibili concorrenti»* (p.300). Da questo punto di vista in nulla si diversificano le concezioni summenzionate e da cui traggono vita nel dibattito le due sotto-categorie di interessi *diffusi* e interessi *collettivi:* tanto nel primo, quanto nel secondo caso infatti vi è un'affinità strutturale di fondi dell'interesse (individuale o collettivo che sia) che si realizza mediante l'imposizione di obblighi giuridici in capo a soggetti esterni al gruppo. «Si pensi alla tutela degli interessi collettivi dei consumatori ad esempio. All'imprenditore sono imposti una serie di obblighi di varia natura che nel loro insieme assicurano la sicurezza e correttezza del mercato. Il realizzarsi di questa situazione favorevole – in altri termini, il bene collettivo – dipende dal comportamento (positivo o negativo) del soggetto obbligato ed è posto a vantaggio di tutti i singoli consumatori che si trovano ad operare sul mercato. Gli interessi tutelati sono quindi gli interessi individuali compatibili concorrenti della comunità di consumatori, più brevemente, l'interesse collettivo dei consumatori» (p.301).

[100] Se ci si pone lungo una linea di pensiero in cui il diritto soggettivo esprime un *quid* legato al soggetto che ne è titolare, è naturale avvertire una certa difficoltà di ricostruzione allorché il soggetto titolare dell'interesse tutelato non sia più ben individuato o propriamente determinato. Se invece si argomenta prendendo a riferimento l'obbligo, ecco che sul piano sostanziale non vi è più margine per ulteriori elementi strutturali attribuiti in ragione della titolarità dei soggetti destinatari della tutela offerta tramite l'imposizione dell'obbligo. Con il risultato di un'inversione di prospettiva in cui in posizione centrale viene a trovarsi l'effetto giuridico, ossia il comportamento doveroso prescritto dalla norma, rispetto al quale, che è irrilevante il numero dei soggetti interessati all'osservanza del medesimo.

ricostruzione della struttura ontologica dell'interesse collettivo, in definitiva non traducibile né con il concetto di somma né con quello di sintesi.

Dunque acclarato che il perno attorno al quale ruota il meccanismo di tutela giuridica è il vincolo giuridico imposto dall'obbligo anziché la natura unitaria dell'interesse tutelato, che è l'effetto di una distorta comprensione del fenomeno dell'interesse, non resta che verificare chi, rientrando concretamente nella classe dei soggetti tutelati e quindi astrattamente legittimati, può esercitare l'azione processuale per provocare l'accertamento del dovere.

4. La legittimazione ad agire

In merito alla delicata questione della determinazione dei soggetti legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi il discorso è sostanzialmente riducibile alla questione se anche il singolo possa esercitare direttamente la tutela dell'interesse sovraindividuale, o se debba al contrario unicamente rimettersi all'azione di un soggetto terzo esponenziale, esterno alla collettività tutelata e istituzionalmente preposto alla promozione e alla protezione di detti interessi in giudizio. Anche in questo ambito si è ripresentata la contrapposizione delle due concezioni sinteticamente ricordate.

4.1. Legittimazione concentrata

La concezione oggettiva si rivela incline, come visto, a enfatizzare la categoria come una realtà unitaria e indivisibile, tendenzialmente monolitica. La conseguenza più evidente che si fa discendere da un siffatto modello è la tendenziale o talora assoluta esclusione dei singoli soggetti appartenenti alla collettività dal novero dei legittimati ad agire. Si ha cioè una legittimazione «*concentrata»* volta alla gestione processuale unitaria dell'interesse, attribuita ad un soggetto capace di rappresentare l'intera categoria, ossia il già menzionato ente esponenziale. Più propriamente si è o variamente optato per la figura del diritto soggettivo da attribuire all'ente[101], oppure preso atto dell'irriconducibilità del fenomeno alle situazioni sostanziali tradizionali ci si è spostati sul piano meramente processuale appigliandosi a figure di carattere eccezionale[102]. Sebbene le conclusioni cui si giunge siano le medesime, è bene ripercorrere rapidamente le principali opzioni ricostruttive.

a) la lettura sostanzialistica in ordine alla tutelabilità giuridica dell'interesse sovraindividuale predilige come strada maestra quella di affidarsi ad una operazione mentale di "soggettivazione" dell'interesse in capo ad un ente esponenziale quale risposta

[101] ma a dire il vero seguendo una linea ricostruttiva assai forzata e claudicante.
[102] quali la legittimazione straordinaria, la legittimazione *sui generis*, la sostituzione processuale, il concetto di "mera azione", e via dicendo.

alla necessità giuridica di assegnare la posizione di vantaggio ad un soggetto sostanzialmente unico e determinato che poi diventi il titolare (o il «despota») dell'interesse sovraindividuale [103] . Avvenuta tale soggettivazione, l'interesse da sovraindividuale che era subisce un mutamento nella sua struttura ontologica divenendo un interesse proprio dell'ente. Il passo ulteriore è quello di trasporre siffatto ragionamento dal piano meramente teorico a quello più strettamente tecnico-giuridico tentando di calare la nuova figura nelle categorie e nelle tecniche di tutela previste dall'ordinamento.In altri termini si ottiene una "*reductio ad unitatem"* dell'interesse sovraindividuale in capo ad un soggetto collettivo e la conseguente l'attribuzione del potere di azione in capo all'ente rappresentativo è letta come un atto di assunzione, da parte dell'ordinamento, del medesimo soggetto collettivo a centro di imputazione degli interessi sostanziali di natura sovraindividuale con il risultato pratico finale che la ricostruzione formale del fenomeno si rende pienamente compatibile con il modello positivo preesistente fondato in chiave individualistica. Sul piano giuridico infatti si assiste al riconoscimento della titolarità da parte dell'ente di una propria posizione sostanziale soggettiva distinta da quella individuale dei singoli membri e riconducibile, alle categorie sostanziali tradizionali, a seconda dei casi, del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo.

b) secondo una lettura processualistica, la qualificazione formale della posizione dell'ente rappresentativo non dovrebbe essere sorretta da strutture sostanziali e

[103] Nella ricostruzione giova ricordare le considerazioni particolarmente chiare di SANDULLI, *Considerazioni conclusive e di sintesi (in tema di partecipazione e giustiziabilità)*, in *Giustizia amministrativa e attuazione della Costituzione*, I, Padova, 1985, p. 86 ss, che fa notare come sul piano giuridico esistano soltanto due tipi di interessi: interessi pubblici, imputati ai pubblici poteri e perseguiti da questi necessariamente e funzionalmente; e gli interessi soggettivi tutelabili dall'ordinamento solo se imputati ad un soggetto che ne deviene portatore. Pertanto «quando parliamo di interessi "diffusi", "adespoti", evidentemente facciamo delle divagazioni, perché fino a quando questi interessi non siano soggettivizzati non sono interessi giuridici, non assurgono alla dignità di interessi protetti dall'ordinamento giuridico in testa ad un soggetto. Il problema è farli uscire dallo stato di adespotìa e di dare loro un padrone.» A tale scopo l'A. indica due possibili strade: *universalizzando* la soggettivazione, consentendo a ciascun soggetto del gruppo di agire per la tutela dell'interesse condiviso, o piuttosto *accentrando* la soggettivazione, ossia imputandoli in capo ad un organismo che si pone quale esponente qualificato dell'interesse facente capo a quel gruppo. Solo così facendo la qualificazione giuridica dell'interesse subirà il passaggio dalla sotto-categoria degli interessi "diffusi" a quella azionabile nel processo degli interessi "collettivi".

processuali tanto inedite quanto equivoche, ma piuttosto affidarsi alle categorie ricostruttive già presenti nel nostro ordinamento. In particolare tale orientamento ricorre alla figura di *"mera azione"*, caratterizzata da una configurazione dell'interesse in termini di *diritto senza soggetto* e dal riconoscimento meramente processuale del diritto di azione in capo ad un soggetto privo della titolarità della situazione sostanziale di cui si chiede la tutela giuridica. Si assiste cioè ad una recisione perfetta e completa, sul piano sostanziale, del legame naturale che intercorre tra titolare dell'interesse e legittimato ad agire che finisce per essere ricostituito "artificialmente", sul piano processuale, per mezzo dell'attribuzione della legittimazione *ex lege* al soggetto collettivo[104].

[104] E' l'itinerario concettuale privilegiato, fra gli altri, da GRASSO, op. cit., p. 24 ss. Si propone infatti l'esistenza di un ipotesi (assimilabile all'azione del pubblico ministero o dell'attore popolare) in cui cioè il titolare dell'azione agisce per la tutela di un interesse non personale, ma altrui. Il presupposto da cui muove l'A. è il riconoscimento della «illimitata libertà della norma nel conferire rilevanza alla realtà sociale, e di stabilire il modo in cui questa diviene giuridicamente apprezzabile» (p. 36), per poi rilevare la diversa valutazione operata dal sistema giuridico degli interessi collettivi rispetto a quelli individuali. Da ciò, quindi, la conseguenza secondo la quale, «se l'ordinamento si limita a normatizzare l'interesse della sola collettività come un corpo amorfo o come quid indeterminabile non è possibile trarne conclusioni diverse a favore degli enti finiti ossia degli individui che la compongono» (p.38). Per Grasso, dunque, l'interesse della collettività deve essere assunto come realtà oggettiva. Falsante sarebbe la tradizionale propensione della dottrina verso la soggettivazione degli interessi tutelati e la loro conseguente e necessaria traduzione in termini di situazioni giuridiche soggettive sostanziali: «l'idea che l'ordinamento possa realizzarsi, proprio attraverso il processo, per l'azione di un soggetto che non sia titolare dell'interesse protetto, e addirittura per forza propria senza che dietro vi sia "alcun subietto giuridico, investito del compito di perseguirlo", resta tuttora estranea alla cultura giuridica contemporanea e, piuttosto che accettarla, si preferisce elevare a soggetto la stessa generalità dei cittadini o la mitica figura del popolo». L'interesse collettivo non potrebbe essere imputato all'ente giuridico preposto a promuoverne la tutela. In relazione a quest'ultima ipotesi, in particolare, l'A. rileverebbe la necessità di distinguere tra l'interesse oggettivo della collettività e l'interesse, appartenente al soggetto collettivo in quanto tale, al perseguimento dello scopo sociale. Posto però che l'interesse perseguito è generalmente quello di soddisfare l'interesse della comunità più ampia rispetto a quello del gruppo organizzato, accade che si possa realizzare una sovrapposizione concettuale tra due entità che al contrario devono rimanere distinte, ossia «l'interesse del gruppo (al perseguimento dello scopo sociale e all'attività necessaria) che è una situazione soggettiva protetta, e l'interesse della collettività al godimento del bene (anch'esso garantito, ma obiettivamente, dalla legge). […] La confusione alimentata dall'idea ricorrente di un ente esponenziale", quale porzione organizzata della collettività, è effetto della mancata percezione di due entità giuridicamente apprezzabili, e ha avuto conseguenze decisive nello studio degli interessi collettivi» (p. 39). In conclusione «La legittimazione ad agire per la tutela del diritto di perseguire il fine sociale non può essere confusa con la legittimazione ad agire per la tutela dell'interessa della collettività: mentre la prima rappresenta una naturale legittimazione del gruppo, la seconda è concepibile solo alla condizione che l'agente ne sia investito in forza di una specifica legittimazione originaria, attribuita ex lege da una altrettanto specifica previsione normativa» (p.44).

4.2. Legittimazione diffusa

Nell'ambito invece della concezione soggettiva dell'interesse sovraindividuale la strada maestra indicata è quella di attribuire innanzitutto la legittimazione al singolo interessato appartenente alla classe di riferimento e, in posizione complementare, riconoscere ulteriormente la possibilità di adire il giudice in forma associata, attribuendo la legittimazione ad agire anche ad eventuali enti rappresentativi. Si tratta cioè di un sistema che privilegia la legittimazione «*diffusa*» e in cui l'ipotesi considerata in linea di principio residuale di legittimazione collettiva (concentrata in un unico soggetto rappresentativo) si atteggia come strumento di perfezionamento della legittimazione individuale e da quest'ultima trae origine. Nel rigettare la tendenza del modello oggettivo a cogliere nel momento "organizzativo" una funzione effettivamente genetica dell'interesse collettivo, si giunge per un'opposta via ad elaborare una configurazione alternativa alla attribuzione di legittimazione esclusiva in capo ai singoli o all'ente: «se il diritto di azione dell'ente rappresentativo non esclude il diritto di azione dei singoli […], si è in presenza o di un fenomeno di legittimazione *straordinaria*, o della creazione di una sovrastruttura giuridica di un soggetto ulteriore cui imputare l'interesse collettivo giuridicamente protetto senza però espropriazione alcuna del diritto soggettivo dei singoli»[105].

[105] Così si esprime chiaramente PROTO PISANI, op.cit., p.274 ss, il quale non manca di prospettare l'opposto scenario: «Se, invece, il diritto di azione del garante *esclude* il diritto di azione dei singoli, allora – piaccia o non piaccia questa soluzione – al giurista non resta che prendere atto che il processo di lenta giuridificazione a livello di diritti soggettivi degli interessi pubblici generali non è ancora giunto a piena maturazione. In casi di questa specie il legislatore, parlando in termini di diritto di azione, nella realtà escludendo il diritto di azione dei singoli, esclude il loro diritto soggettivo sostanziale: se infatti una situazione soggettiva è riconosciuta a livello sostanziale quale diritto soggettivo, il suo titolare non può essere privato del diritto di azione, del diritto di agire a sua tutela. Ne segue che in ipotesi di tale specie si è alla presenza di una situazione in cui ad un interesse collettivo non è attribuita più […] la rilevanza di vero diritto soggettivo; e questo è plasticamente evidenziato dalla circostanza che il potere discrezionale di decidere se agire o no a tutela di tale interesse in caso di sua violazione o minaccia è attribuito in via esclusiva al garante, che finisce in tal modo col porsi come "filtro" tra la norma generale astratta e la sua attuazione giurisdizionale». L'A. quindi conclude osservando che detta seconda soluzione «può essere accettata solo se si abbia consapevolezza del suo carattere transitorio e se essa in tempi brevi si risolva nel pieno riconoscimento anche ai singoli del diritto soggettivo sostanziale e quindi del diritto di azione».

a) Parte di questa dottrina è favorevole ad una lettura innovativa della posizione giuridica dell'ente rappresentativo, orientata *de iure condendo* all'introduzione di un modello di tutela processuale ispirato all'esperienza maturata oltreoceano con l'istituto della *class action.* Si vuole in tal modo accreditare una nozione di azione collettiva "in senso proprio"[106], per un verso rivolta all'instaurazione di un giudizio diretto ad accertare la violazione dell'interesse collettivo nella sua interezza, e per altro, caratterizzata, sotto il profilo strutturale, dal particolare legame sussistente tra titolare del potere di azione e interesse materiale da tutelare. Tale peculiarità si esplicherebbe cioè in termini non propriamente giuridici, ma piuttosto in chiave "ideologica": il rapporto tra azione e interesse materiale non consisterebbe più nella perfetta coincidenza tra *titolarità esclusiva* dell'interesse sostanziale e legittimazione ad agire sul piano processuale, bensì nel concetto più sfuggente di «*adeguata rappresentatività»* dell'interesse sostanziale da parte dell'ente rappresentativo[107]. Questa linea di pensiero si traduce sul piano teorico in un

[106] Il significato più profondo sotteso a questo orientamento risiede nella necessità di concepire strumenti di tutela capaci di far emergere la dimensione collettiva della controversie, essendo dunque l'espressione azione collettiva idonea a ricomprendere non soltanto l'ipotesi in cui la legittimazione spetti ad un soggetto collettivo (ente o associazione che sia) ma anche l'ipotesi in cui l'instaurazione del contenzioso avvenga per mano del singolo portatore dell'interesse. In questi termini si esprimono sia DENTI, op. cit., p.312 ss., sia CAPPELLETTI, op. cit., p.202 ss.. Tuttavia, la dottrina successiva tenderà a trattare il tema della tutela giurisdizionale collettiva riferendosi all' «azione collettiva» come all'azione assegnata di volta in volta dal legislatore alle associazioni legittimate, accogliendo apparentemente una concezione fondamentalmente soggettiva della stessa (in quanto diretta unicamente a rilevare l'attribuzione del potere di azione ad un soggetto collettivo), ma nella sostanza celando una concezione di detta azione fondata sulla riproposizione della distinzione ontologica tra interesse collettivo e interesse individuale. In questi termini ad esempio si pone CAPPONI, '*Diritto comunitario e azioni di interesse dei consumatori',* in *Foro italiano,* 1994, IV, p.429 ss., ove sostiene che «l'azione collettiva non può essere confusa con la *class action* del diritto nordamericano: in quest'ultimo sistema, il soggetto che il giudice riconosce legittimato ad agire dà impulso ad un procedimento destinato a produrre effetti per l'intera classe, senza che abbia rilevanza concreta la distinzione tra interesse "individuale" e interesse "collettivo"; il sistema dell'*azione collettiva* nasce invece proprio dalla distinzione tra interesse individuale del singolo (che può coincidere, ma non necessariamente coincide, con quello della collettività) e interesse collettivo (o diffuso, superindividuale, ecc.) del gruppo organizzato».

[107] In queste teoria va detto come sia comunque percepibile la volontà di mantenere un aggancio tra legittimato e interesse tutelato con persistente riferimento alle tradizionali figure soggettive ma con decisa rottura rispetto al cd. principio della "giusta parte", ossia della necessaria coincidenza tra legittimato esclusivo dell'interesse sostanziale. In altri termini, in tale prospettiva, «se va perdendosi il requisito dell'*esclusività*, resiste, sebbene diluito, quello della *riferibilità* dell'interesse stesso […] ed è proprio dalla diluizione del legame intercorrente tra interesse collettivo e soggetto singolo, che deriva poi l'esigenza di una sorta di "rafforzamento" del medesimo mediante il requisito della adeguata rappresentatività». (Così DONZELLI, op. cit., p.227-228)

tentativo di superamento delle tradizionali nozione di diritto sostanziale e processuale a vantaggio dell'elaborazione di modelli più elastici e per questo più idonei ad adattarsi alle emergenti esigenze dal momento che la verifica dell'adeguata rappresentatività avviene in concreto, caso per caso, da parte del giudice della controversia e non una volta per tutte per predeterminazione legislativa[108]; sul piano più strettamente pratico invece, si perviene a giudicare con un atteggiamento di sfavore, se non addirittura di chiusura, il conferimento dell'azione ai singoli membri della collettività per ragioni di mera opportunità, in virtù cioè della poco probabile evenienza che questi possano essere dotati dei requisiti di rappresentatività necessari per superare il vaglio di ammissione all'esercizio dell'azione collettiva. Si vuole in tal modo scongiurare il rischio di frammentazione della controversia in tanti rapporti bilaterali, ciascuno avente ad oggetto il singolo interesse individuale anziché l'intero fascio di interessi. L'azione del singolo, infatti, se limitata agli effetti della decisione sulla sfera individuale, si rivela del tutto priva di utilità nella prospettiva della tutela collettiva e ad ogni modo poco vantaggiosa

[108] Favorevoli a questa opzione in particolare PROTO PISANI, op.cit., p.275, nonché DENTI, op.cit., p.105, il quale osserva in proposito che «la ragione di questi filtri preventivi sta nell'esigenza di controllare la serietà dell'agire delle associazioni, ma il risultato che ne consegue è un rafforzamento dell'iniziativa di impresa, o del potere del contraente forte». Sembra cogliere puntualmente il cuore della discussione CAPPELLETTI, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile,* in *Riv. Dir. Proc.*, 1975, p. 374, a dire del quale: «l'individuo, "personalmente leso" legittimato ad agire per la riparazione del danno da lui subito, non è in grado di assicurare né a se stesso né alla collettività un'adeguata tutela contro violazioni di interessi collettivi. [...] Si prenda il caso del consumatore che debba proteggersi contro violazioni prodotte in serie da una grande industria. Il danno da lui personalmente subito sarà, normalmente, troppo esiguo per incoraggiarlo ad agire contro un così potente avversario; e in ogni caso l'eventuale condanna, limitandosi al danno subito da qualcuno soltanto fra migliaia o milioni di danneggiati, sarà priva di un'efficace conseguenza, preventiva o repressiva, nei confronti del danneggiante ed a vantaggio della collettività. Il consumatore isolato da solo, non agisce; se lo fa è un eroe; ma soltanto se è legittimato ad agire non soltanto per sé, ma per l'intero gruppo di cui è membro, tale "eroe" sarà sottratto al ridicolo destino del Don Chisciotte in vana quanto patetica lotta contro i mulini a vento. Gli eroi di oggi [...] sono coloro che sanno organizzare sul piano della lotta di gruppo la difesa degli interessi diffusi, collettivi, meta individuali, riuscendo a piegare le tradizionali strutture individualistiche di tutela –tra cui quelle giudiziarie– a bisogni nuovi, tipici delle moderne società "di massa"».
Ma *contra,* GRASSO, op. cit., p. 32, per il quale «nel nostro ordinamento non v'è norma che consenta al giudice di conferire caso per caso al gruppo la legittimazione ad agire nell'interesse della collettività, secondo un suo "prudente apprezzamento"».

per il singolo. Al contrario, l'azione collettiva[109] si dimostra in grado di far emergere la dimensione collettiva della controversia soltanto a condizione che sia attribuita a soggetti collettivi-associativi anziché al monopolio naturale spettante ai singoli. La legittimazione individuale, nei termini appena esposti, è esclusa per ragioni di mera opportunità più che per espressa previsione normativa; sembra invece trovare ammissibilità laddove invece il singolo deduca in giudizio tutto il fascio di interessi e dunque consegua la legittimazione nell'interesse di tutti, posto che risulti soddisfatto il requisito di adeguata rappresentatività[110].

b) Diversamente avviene in relazione alla tesi per la quale al requisito dell'adeguata rappresentatività si affianca il fattore organizzatorio. Quest'ultimo, coordinandosi al primo, si presenta in grado di escludere, anche su un piano più propriamente teorico-formale, la legittimazione del singolo interessato. Sul piano sostanziale si qualificano gli interessi collettivi come interessi aventi pur sempre natura individuale senza operare una fusione dei medesimi in un'entità unitaria. Questa prospettiva non subisce alcun mutamento allorché si passi sul piano processuale: detti interessi individuali, una volta ritenuti meritevoli di protezione giuridica dall'ordinamento, ricevono qualificazione in termini di «diritti soggettivi collettivi» (o a seconda dei casi «interessi legittimi soggettivi»)[111]. Se per un verso è chiaramente rigettata la possibilità di imputare posizioni

[109] per tale intendendosi quella volta a dedurre in giudizio l'intera violazione prodotta e dunque il globale interesse alla repressione del comportamento illecito.

[110] Tale ipotesi è proprio quella tipica della *class action* statunitense in cui, come si vedrà *infra* più dettagliatamente, vi sono una serie di requisiti che il singolo che adisce un giudice deve dimostrare di possedere per ottenere la *certification* da parte del giudice, che è il vero passe-partout per agire a nome degli altri contitolari del medesimo interesse collettivo.

[111] Si tratta della teoria avanzata da VIGORITI, op.cit., p.24, per il quale «il collettivo […] non designa una situazione di vantaggio di natura diversa da quelle aggregati, per cui si può parlare di «diritti soggettivi collettivi» […] oppure di«interessi legittimi soggettivi». L'A. prosegue nella critica alla concezione oggettiva: ««non si può certo [...] arrivare a dire che è la comunità ad essere titolare degli interessi comuni dei suoi membri», visto che «ricostruzioni di questo tipo, riferendosi al collettivo come a un qualcosa del tutto diverso e sovraordinato all'individuale, finiscono sempre col distogliere l'attenzione dal protagonista effettivo del fenomeno collettivo, e cioè dalla persona, a cui gli interessi, anche se a rilevanza superindividuale, non cessano mai di appartenere. […] Tutto ciò implica il rifiuto delle dottrine che sembrano considerare gli interessi collettivi e quelli diffusi, come qualcosa del tutto diverso dalle posizioni di vantaggio conosciute, un *tertium genus* ad esse completamente alternativo» (p. 25).

di interesse sovraindividuali alla collettività "entificata" e coerentemente ci si avvede dell'inutilità di ricorrere a qualificazioni giuridiche non riconducibili a quelle tradizionali, per altro verso si percepisce altrettanto limpidamente che la valenza collettiva della situazione giuridica è destinata ad incidere sul contenuto e sul concreto esercizio della medesima. Invero, sebbene la legittimazione ad agire diffusa costituisca astrattamente la via preferibile, in realtà l'opzione da privilegiarsi nella pratica risulta quella di attribuire il potere di azione soltanto ad alcuni dei titolari dell'interesse (e precisamente agli enti rappresentativi), in quanto ritenuti «adeguati portatori» degli stessi[112]. Pertanto, posto che l'oggetto del giudizio sarà costituito dal fascio di interessi collettivi (*rectius* diritti soggettivi collettivi) tra cui è ricompreso *anche* quello dell'ente, quest'ultimo eserciterà *un* diritto proprio in nome proprio e, al contempo, *più* diritti altrui in nome proprio: in altri termini cumulerà in sé tanto la veste di legittimato *ordinario*, quanto quella di legittimato *straordinario*[113]. In conclusione, se da un lato si ribadisce la natura comunque individuale

[112] Così *ibidem,* p.107 ss, che, rievocando il concetto di *azione popolare* basato su un meccanismo di supplenza giudiziale, osserva che «proprio il fatto che l'iniziativa diretta ad ottenere tutela giurisdizionale di posizioni superindividuali possa essere assunta da uno qualsiasi dei legittimati, senza alcuna possibilità di verificare se questi sia davvero in grado di tutelare l'interesse, costituisce un grave rischio e insieme il limite di questo tipo di situazioni, soprattutto quando il numero dei legittimati è particolarmente rilevante». Inoltre, nel valutare i requisiti di cui tener conto ai fini del conferimento dell'azione all'ente, si osserva che non è esclusa la possibilità di ammettere una legittimazione congiunta o concorrente dei singoli, «quello che importa non è la natura individuale o collettiva dei legittimati; quanto piuttosto l'idoneità ad assumere o proseguire nell'iniziativa processuale».
Mettendo poi a confronto le considerazioni dell'A. appena citate con quelle di Cappelletti proposte *retro* (nota 93) emerge chiaramente la similitudine di fondo dei due approcci: in particolare la volontà di concepire la controversia in termini necessariamente collettivi, unitari, globali ossia finalizzata a fare giustizia una volta per tutte riguardo alla lesione collettiva.

[113] *ibidem,* op. cit., p146 ss. riassume più dettagliatamente i concetti evidenziati: «i legittimati [...] agendo in giudizio tutelano anche interessi, di uguale contenuto ed ugualmente diretti, che non sono però loro propri, per cui, sotto questo profilo, essi si trovano in una posizione analoga a quella dei legittimati straordinari; d'altra parte i legittimati […] traggono il loro titolo dalla titolarità di *una* delle posizioni sostanziali correlate in maniera collettiva, e dalla loro capacità di tutelarla in giudizio in maniera rispondente alle esigenze di difesa di tutte le loro posizioni sostanziali globalmente considerate. Manca quindi in questi casi anche quella piena dissociazione fra i titolari del diritto litigioso e i legittimati ad agire, tipica delle ipotesi di legittimazione straordinaria.» (p. 149). «Si tratterà, se si vuole di una legittimazione ordinaria *sui generis*, perché essa presenta motivi e tracce della legittimazione straordinaria, ma sembra indubbio che la concentrazione della legittimazione in alcuni adeguati portatori, la quale traduce sul piano tecnico il senso di obiettive esigenze di tutela degli interessi collettivi, sia fenomeno che rimane nella sfera della legittimazione ordinaria» (p. 150). In realtà lascia alquanto perplessi l'ulteriore precisazione "*sui generis*" per qualificare la legittimazione ad agire, posto che quest'ultima

dei singoli diritti individuali, emerge però chiaramente sul piano pratico una dimensione dell'interesse collettivo rigorosamente unitaria e globale giungendo univocamente al riconoscimento della legittimazione esclusiva ad agire dell'ente rappresentativo. Quest'ultimo si presenta pertanto, al pari dei singoli, come titolare di un proprio diritto soggettivo, ma, a differenza di questi, dotato del requisito della adeguata rappresentatività corroborato dall'elemento dell'organizzazione centralizzata, che operando quale indice di coesione e coordinamento delle posizioni di vantaggio, garantisce sul piano processuale unità di trattazione e uniformità di effetti dell'accertamento giurisdizionale. La tesi da ultimo proposta offre a ben vedere l'unica soluzione idonea a risolvere la questione della legittimazione in senso compatibile ai principi e le garanzie costituzionali su cui si regge l'ordinamento. E' innegabile infatti che la tutela collettiva dell'interesse incide sull'esclusività della legittimazione, poiché fa venir meno quel monopolio processuale (sia in fase di instaurazione che in fase di prosecuzione-gestione) che al contrario si realizzerebbe concependo l'interesse tutelato come esclusivamente individuale. Ma tale circostanza non incide d'altro canto sull'intensità della tutela giuridica predisposta dall'ordinamento, semmai contribuisce al suo innalzamento, visto che la concorrenza di legittimazioni indubbiamente accresce la possibilità concreta dell'attuazione degli obblighi legali posti a carico di soggetti passivi onerati. Diversamente, invece, se si precludesse al singolo in radice la legittima attivazione dei rimedi giurisdizionali per la tutela di un proprio diritto soggettivo, si verrebbe a determinare una insanabile violazione della regola costituzionale secondo cui «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi» (art. 24, co.1, Cost.).

Riguardo all'azione dell'ente rappresentativo è fin qui emersa un'evidente incertezza qualificatoria relativa all'inquadramento teorico da adottare. Ne sono scaturite una moltitudine di ricostruzioni sostanziali e processuali più o meno compatibili col quadro processualcivilistico preesistente nel nostro ordinamento. Si è in particolare menzionato lo

---

o è ordinaria *o* è straordinaria senza possibili opzioni intermedie, come ravvisa acutamente DONZELLI, op.cit., p.241.

strumento della "sostituzione processuale" (detta anche legittimazione straordinaria) o il concetto di "*mera azione*", entrambi accomunati dalla circostanza di consentire ad un soggetto di far valere un rapporto di cui non è titolare ed dal carattere eccezionale rispetto al criterio generale di determinazione dei legittimati ad agire basato sulla titolarità della situazione sostanziale tutelanda (diritto soggettivo o interesse legittimo). In realtà, riagganciandoci a quanto detto *retro,* se ci si sofferma sulla posizione giuridica correlativa al diritto, ossia l'obbligo, si può agevolmente addivenire alla conclusione che la tecnica di tutela apprestata dall'ordinamento è la medesima sia che si tratti di interessi individuali sia che si tratti di interessi collettivi e corrisponde a quella tipica del diritto soggettivo. In altri termini, «la situazione favorevole a cui sono rivolti gli interessi rilevanti è rappresentata dal comportamento doveroso tanto per il soggetto appartenente alla collettività protetta quanto per l'ente che questa deve rappresentare. […] In entrambi i casi abbiamo un dovere di comportamento volto a soddisfare due distinti interessi concorrenti […] ed ognuno dei legittimati potrà ottenere autonomamente l'accertamento giudiziale del dovere posto a tutela dei suoi interessi sostanziali»[114].

Posto che è ben possibile rinvenire in capo all'ente un autonomo interesse giuridicamente rilevante diretto all'osservanza del medesimo comportamento doveroso imposto anche nell'interesse dei singoli, è altrettanto legittimo concepire un meccanismo di "sostituzione processuale" ma soltanto nella misura in cui vi sia un'espressa previsione normativa che lo consenta, poiché la tutela invocata è rivolta agli interessi della categoria e

[114] Così DONZELLI, op. cit., p.414 ss. che offre peraltro un esempio chiarificatore: «prendendo in esame le azioni riservate alle associazioni rappresentative ed in particolare alle associazioni consumeristiche, pur non ponendosi queste in diretto contatto con l'imprenditore in qualità di consumatori è facilmente comprensibile come esse non si possano collocare in una posizione di *indifferenza* rispetto all'osservanza degli obblighi imposti all'imprenditore dalla legge. […] Può al contrario apprezzarsi n loro interesse alla repressione dei relativi illeciti; il quale di regola trova espressione nello statuto, nonché conferma nell'attività di difesa degli interessi dei consumatori praticamente svolta. Questo interesse, che peraltro si pone verosimilmente in rapporto di strumentalità rispetto ad altri ed ulteriori interessi dell'associazione – quali l'incremento degli iscritti, l'aumento di visibilità e notorietà, ecc. – può essere abbandonato all'irrilevante giuridico o può essere preso in considerazione in sede normativa. Sta al legislatore deciderlo. E la legittimazione ad agire attribuita agli enti esponenziali è l'incontestabile segno di una scelta legislativa a favore della seconda opzione or ora indicata». (p. 409)

non a quelli dell'ente (o altro soggetto terzo) in quanto tale. Mentre al contrario è superflua per i singoli membri della categoria di volta in volta tutelata, dal momento che essi appaiono *naturalmente* legittimati ad agire per la tutela delle situazioni sostanziali di cui sono titolari.

Alla luce di quanto visto, si può concludere rilevando che la legittimazione ad agire innanzi al giudice ordinario per la repressione delle condotte illecite riconosciuta a soggetti terzi rispetto alla categoria è un mezzo tipico cui ricorre il legislatore al fine di innalzare il tasso di effettività della tutela giurisdizionale degli interessi collettivi senza che si attui la tanto scongiurata scissione tra interesse del soggetto e tutela: «così si realizza quell'innalzamento della *tensione all'attuazione* che è la naturale conseguenza del generalizzarsi dell'interesse tutelato e che si presenta come via privilegiata in questo ambito di tutele per aumentarne il grado di effettività, visto talora l'esiguo pregiudizio *singulatim* patito con la realizzazione dell'illecito»[115]. Infatti, all'aumentare del numero degli interessi tutelati dal diritto, ovvero della rilevanza sovraindividuale dell'interesse, si ottiene come risultato un ampliamento dei soggetti legittimati e quindi una maggiore probabilità di soddisfazione dell'interesse stesso, specialmente, laddove (come nel caso del contenzioso seriale) il rischio che l'illecito lamentato sprofondi in uno stato di latenza è molto elevato.

[115] *ibidem,* p. 406

5. I limiti soggettivi del giudicato

Se il medesimo obbligo è idoneo a soddisfare una pluralità di interessi i cui titolari, in forma individuale o associata, sono legittimati ad agire per l'accertamento di illeciti e per l'inibizione della prosecuzione, allora diviene centrale la questione del coordinamento tra le diverse iniziative giudiziali, in particolare in relazione all'efficacia che ciascuna è in grado di produrre sulle altre. Giova ricordare, in via preliminare, che il comportamento doveroso può essere posto alternativamente a tutela tanto di interessi fra loro compatibili concorrenti quanto di interessi esclusivi. A questa distinzione corrisponde una duplice conformazione del giudizio collettivo che ne scaturisca sul piano processuale:

a) giudizi collettivi in senso "*proprio*" sono quelli tipicamente a carattere inibitorio in cui cioè l'ingiunzione dell'obbligo rimasto inosservato rappresenta una situazione favorevole che in astratto soddisfa tutti gli interessi compatibili *concorrenti* ed egualmente rivolti ad essa. La tutela qui è cioè volta al soddisfacimento di interessi individuali concorrenti mediante l'accertamento di un unico effetto giuridico[116]. Peraltro è questa l'area di fenomeni con cui il legislatore italiano si è prevalentemente misurato nella previsione positiva di rimedi giurisdizionali collettivi.

b) giudizi collettivi in senso "*improprio*" (variamente definito dalla dottrina contenzioso seriale, di massa, azioni di classe, ecc…) sono quelli tipicamente a carattere risarcitorio, in cui non si ha un unico comportamento doveroso, la cui osservanza determina il simultaneo soddisfacimento degli interessi dedotti, bensì tanti comportamenti

[116] Si tratta cioè di un'azione idonea, da un punto di vista funzionale, a far emergere la dimensione collettiva e unitaria della controversia. E ciò quindi a prescindere dai requisiti soggettivi del soggetto legittimato, rilevando piuttosto gli elementi funzionali e strutturali connessi alla natura dell'interesse tutelato tali da condurre il giudizio all'accertamento di un effetto giuridico unico posto a tutela dell'interesse sovraindividuale. Sul punto si veda *retro* nota 91.
Taluno invece (in particolare CHIARLONI, '*Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei* consumatori', in *Riv. dir. proc.,* 2007, p.567 ss.) ha adottato una impostazione definitoria alquanto netta fra «azioni di classe» e «azioni collettive». Le prime, attivate da un soggetto singolo nell'interesse di una pluralità di soggetti che versano in una comune situazione giuridica. Le seconde esercitate da associazioni concepite come centri di imputazione di un unico interesse comune ad una collettività di individui. In sostanza tale dicotomia corrisponde sostanzialmente alla contrapposizione fra *damages class actions* e *injunctive class actions*, come si vedrà *amplius* nel capitolo II.

doverosi (di contenuto risarcitorio) intimati al medesimo soggetto passivo quanti sono i vari interessi individuali *esclusivi* (cioè non concorrenti) coinvolti[117]. Qui al contrario che nella prima categoria, l'accertamento coinvolge diversi effetti giuridici, anziché un unico[118]. Il modello di riferimento privilegiato è in quest'ambito quello rappresentato dalla disciplina delle *class actions* federali statunitensi[119].

In entrambe le tipologie abbiamo dunque più pretese individuali, ma mentre nel giudizio collettivo "proprio" l'oggetto delle pretese è lo stesso, nell'altro è molteplice ed eterogeneo sebbene spesso di contenuto molto simile (si pensi all'ipotesi tipica di danni seriali subiti da una pluralità di soggetti in conseguenza di *mass torts)*[120].

L'altra tematica chiave in cui si proietta la anzidetta distinzione è poi certamente quella dell'efficacia dell'unico giudizio esercitato per la tutela del medesimo interesse nei confronti degli altri collegittimati rimasti ad esso estranei. Mentre tale questione si presenta meno urgente dei giudizi a carattere inibitorio, dal momento che l'osservanza dell'obbligo di astensione inflitto mediante un provvedimento giudiziale opera una volta per tutte sul piano della realtà sostanziale garantendo la realizzazione dell'interesse collettivo dato che chiunque eserciti l'azione è in grado di far conseguire a tutti il risultato pratico a cui si aspira; viceversa nell'ambito dei giudizi collettivi risarcitori[121] il problema si pone con accenti più marcati e

---

[117] E ciò, beninteso, sia nell'ipotesi in cui gli interessi traggano origine da un unico evento illecito, sia laddove i diversi illeciti connotino una medesima condotta antigiuridica.

[118] In realtà è ipotizzabile in astratto un'ulteriore ipotesi in cui cioè l'accertamento giudiziale sia limitato all'antigiuridicità della condotta plurioffensiva (ossia lesiva di un interesse collettivo), mentre invece l'accertamento di tutte le questioni che rappresentano i fatti costitutivi delle distinte pretese risarcitorie potrà essere invocato in separati e futuri giudizi individuali (cd. giudizi di completamento). Una tale tecnica di tutela se per un verso permette di realizzare più decisamente la semplificazione del giudizio posto che l'oggetto dello stesso è ridotto *ad unum* e verte sulle questioni comuni alle diverse pretese, per altro appresta un minor grado di efficacia della tutela sia sotto il profilo dell'economia processuale in quanto espressamente si postula la futura pendenza di ulteriori liti, sia in termini di effettività dell'accesso alla giustizia poiché ciascuno dovrà farsi carico dei futuri costi, sia infine sul piano dell'efficacia deterrente che è sicuramente superiore nel caso di una controversia collettiva volta alla concreta liquidazione dell'intero danno riconducibile all'accertamento della responsabilità. Su queste considerazioni si orienta DONZELLI, op.cit., spec. p. 430 ss.

[119] in particolare dalla tipologia prevista dalla cd. *Rule 23* (b)(3), su cui v. *infra* cap. II

[120] Si parla spesso in proposito di «diritti individuali omogenei», con riferimento *amplius* al nostro ordinamento, v. *infra*…

[121] che, come detto, mirano al conseguimento di una sentenza volta all'accertamento di distinte pretese risarcitorie, *rectius* di distinti comportamenti doverosi.

compositi. Il che è di agevole comprensione se si pensa che all'aumentare dell'indice di differenziazione degli interessi, proporzionalmente si assiste ad una progressiva "complessificazione" del giudizio (cd. *complex litigation* nella teoria anglosassone*)* che deriva non solo da ragioni sostanziali attinenti alla disciplina giuridica che l'ordinamento predispone per regolare certi fenomeni in termini di diritto materiale, ma che inoltre reca con se una serie di delicate questioni processuali. In particolare, questa tipologia di giudizio, essendo rivolta alla tutela di un ampio gruppo di diritti soggettivi risarcitori-restitutori, comporta l'accertamento non solo delle questioni *comuni* a tutti (e specificamente la condotta antigiuridica che determina la lesione plurioffensiva), ma anche delle questioni *personali*, ed in quanto tali più o meno differenziate, attinenti alle specifiche e concrete vicende che definiscono il presupposto giuridico dei ciascuna pretesa[122].

Secondo la struttura tipica dei processi rivolti a tutela di interessi individuali il diritto di azione e difesa si manifesta come riconoscimento alle parti del monopolio sulla gestione degli strumenti e dei poteri attribuitigli dall'ordinamento al fine di poter incidere a proprio vantaggio sulla decisione finale. In questa prospettiva la sentenza esplica la sua efficacia imperativa nei confronti di tutti i consociati (cd. efficacia naturale della sentenza), ma non quanto all'immutabilità degli effetti (cd. efficacia di giudicato) circoscritta invece si soli soggetti che hanno partecipato al giudizio[123]. Tale separazione degli effetti della sentenza dalla vincolatività degli stessi, che esprime il principio di relatività della sentenza, consente ai terzi coinvolti di sottrarsi all'estensione dell'accertamento ottenuto *inter alios* qualora questo pregiudichi la propria situazione soggettiva[124]. Ora, si è più volte evidenziato come la dimensione sovraindividuale dell'interesse tutelato comporti, quasi come una sua appendice, il fenomeno della generalizzazione della legittimazione ad agire con la duplice conseguenza,

[122] Si pensi poi, in via esemplificativa, alla determinazione degli indici di omogeneità che giustificano, di volta in volta, la cumulativa deduzione delle diverse pretese in un unico giudizio; o agli indici di rappresentatività del soggetto che assumerà le vesti di attore nell'interesse di tutti gli altri componenti del gruppo; ecc.

[123] Norma codificata nel nostro ordinamento dall'art. 2909 c.c., rubricato "Cosa giudicata", il quale enuncia: «L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa».

[124] Sul punto più approfonditamente PICARDI, op. cit., p.363 - 368.

da un lato di contribuire all'innalzamento della effettività della tutela, dall'altro però di comprimere notevolmente gli effetti dell'attività del singolo sul giudizio. In ragione di tale circostanza, nei giudizi collettivi si realizza una sorta di "spersonalizzazione" del diritto di difesa del singolo a vantaggio dell'idoneità del giudizio a porsi come strumento effettivo di tutela del suo interesse[125]. Il principio di relatività degli effetti della sentenza tende, di riflesso, a subire nelle varie impostazioni teoriche proposte un progressivo ripensamento[126].

Si tenga inoltre conto che non esiste ad oggi una disciplina processuale generale volta a dotare il nostro ordinamento di una fisionomia unitaria e adeguata alla natura plurisoggettiva degli interessi tutelati. Al contrario, i molteplici interventi normativi che si sono succeduti negli anni in tale materia, hanno manifestato netta preferenza per un approccio riformistico di carattere settoriale e specifico[127].

---

[125] Su questo argomento si veda DONZELLI, op. cit., p. 480 ss., che in particolare rileva: «la garanzia del diritto di difesa non è solo e tanto un presidio all'individualismo tradizionale all'interno del processo, ma si pone essenzialmente come risvolto della stessa effettività del precetto sostanziale».

[126] Volgendo lo sguardo agli ordinamenti stranieri invece può notarsi che tale processo è in atto da tempo. Nell'ambito di questi infatti osserva *ibidem,* p. 482: «la vincolatività della sentenza è espressamente prevista dalla legge e a detta vincolatività sono funzionalmente e strutturalmente correlati una serie di tipici espedienti tecnico-processuali […] tra quelli che più degli altri palesano il nesso funzionale appena indicato, si pensi alla pubblicizzazione dell'inizio del giudizio (*notice*); alla possibilità per i singoli di tirarsi fuori dal raggio di efficacia della sentenza (*opting-out*); alla verifica in concreto dell'effettiva capacità rappresentativa del- l'attore collettivo *in limine litis* (*certification*), nonché durante l'intero arco del giudizio (*de-certification*); alla verifica della stessa opportunità che il processo si svolga in forma rappresentativa e ciò – peraltro – non solo a fronte di diversi criteri che rendono tale regime processuale comparativamente più vantaggioso rispetto alla frammentazione della controversia in diversi ed autonomi giudizi individuali (*superiority*), ma anche in relazione alla difficoltà di condurre il processo nel contraddittorio di tutti gli interessati (*numerosity*); o ancora alla possibilità di non pronunciarsi nel merito per insufficienza di prove». Ma su questi aspetti si tornerà più dettagliatamente *infra,* cap. II, a proposito dell'ordinamento statunitense.

[127] Basti pensare che l'unica area in cui ha trovato pieno riconoscimento l'azione collettiva risarcitoria è quella della tutela dei consumatori (v. *infra…),* e non ad esempio con riguardo ad altri settori caratterizzati da dinamiche assimilabili, come ad esempio quello dei danni individuali subiti in conseguenza di illeciti ambientali. Circostanza puntualmente evidenziata da DONZELLI, op.cit., p.462 ss. che rileva: «Il motivo ispiratore che sul piano della tecnica processuale ha informato il *trend* legislativo appena indicato è stato quello di rispondere alla opportuna esigenza di adeguamento delle forme processuali alla natura della controversia *non* apprestando una unica procedura capace di rispondere elasticamente al mutare delle cause da risolvere, *ma* prevedendo diverse procedure *a priori* ritenute più adatte rispetto ad una specifica e tipica classe di diritti soggettivi. […] il punto è che, stando a tale quadro legislativo, ci troviamo con riti processuali – tra cui *in primis* il processo ordinario di cognizione – a struttura tendenzialmente rigida, ovvero privi delle adeguate clausole di elasticità in grado di garantire l'aderenza delle forme processuali alle specificità del caso concreto, ovvero alla *complessità processuale* della controversia. Ed il giudizio collettivo, non fosse altro che per il numero dei possibili soggetti

Fatta questa dovuta premessa, occorre volgere lo sguardo ai principali modelli astrattamente prospettabili in tema di giudizio collettivo[128]:

a) l'estensione *ultra partes* dei soli effetti favorevoli (cd. giudicato *secundum eventum litis)*. Siffatto modello postula in sostanza una portata soggettiva del giudicato differenziata in ragione del contenuto della sentenza. Spesso è previsto all'intero di un regime più articolato in cui l'azione collettiva promossa da enti rappresentativi conduce ad un accertamento in ogni caso vincolante per tutte le future azioni collettive (intraprese cioè da altri enti legittimati ad agire in via rappresentativa), ed eccezionalmente per i singoli individui ma solo a condizione che il giudicato ottenuto in sede collettiva abbia contenuto favorevole. I principali benefici di tale modello si riflettono nella piena garanzia del diritto di azione e difesa di ciascun legittimato, nella maggiore effettività di tutela giurisdizionale collettiva e uniformità delle decisioni nonché nella aderenza al principio di economia processuale dal momento che, in caso di giudicato favorevole, la controversia collettiva si risolve una volta per tutte, evitando la duplicazione del giudizio da parte degli altri legittimati. Il principale svantaggio invece risiede nell'aggravamento della posizione processuale del convenuto, il quale in caso di soccombenza nel giudizio collettivo perde il diritto di esercitare i suoi poteri processuali nei confronti dei soggetti che intendano giovarsi del giudicato favorevole nei separati giudizi individuali, mentre al contrario non potrà dirsi pienamente vittorioso in caso di esito sfavorevole ai ricorrenti, poiché gli altri soggetti saranno collegittimati a loro volta ad instaurare il contenzioso, con grande pregiudizio per la complessiva certezza del diritto;

b) l'estensione *ultra partes* degli effetti della sentenza in senso tanto favorevole quanto sfavorevole (cd. giudicato *erga omnes*). Tale modello, basato appunto sulla estensione in ogni caso degli effetti della sentenza ai soggetti rimasti terzi al giudizio, gode di numerosi aspetti positivi: è agevole comprendere come si realizzi la massima aderenza possibile

---

interessati al giudizio, si presenta, come insegna la letteratura nord-americana, quale tipica ipotesi di *complex litigation*, ovvero di controversie ad elevata complessità processuale».

[128] Per una più ampia trattazione sul punto si rinvia a DONZELLI, op. cit., p.459 ss.

tanto del principio di economia processuale quanto in relazione alla certezza del diritto, posto che il giudizio per l'accertamento della regola di comportamento rivolta al soddisfacimento dell'interesse collettivo è uno e uno solo; e d'altra parte tale modello minimizza i possibili rischi di lesione al diritto di difesa del convenuto, autore del preteso illecito, poiché questi non è qui esposto a possibili duplicazioni e reiterazioni del giudizio. Tuttavia e per altro verso, particolarmente gravosa risulterebbe la posizione degli altri legittimati dal lato attivo in relazione alla garanzia del diritto di azione e di difesa, dal momento che questi risulterebbero concretamente incisi dagli effetti di processo al quale non hanno partecipato e senza prestare il proprio consenso. Sarebbe necessario in tal senso dotarsi di uno specifico meccanismo correttivo: si tratta del diritto di ottenere adeguata pubblicità circa l'introduzione del giudizio in forma collettiva in vista dell'esercizio del diritto di "*opt-out"*, ossia la facoltà di sottrarsi, entro un certo termine, agli effetti vincolanti *ultra partes* del giudicato[129].

c) il giudizio unico con pluralità di parti (cd. litisconsorzio «*aggregato»*[130]), soluzione meno drastica rispetto alle prime due poiché maggiormente adattabile senza stravolgimenti con i principi tradizionalmente accolti dal nostro ordinamento. In generale il fenomeno della pluralità di parti nel processo, detto litisconsorzio, ha la funzione di evitare contraddittorietà di giudicati e di perseguire l'economia dei giudizi, in vista del prodursi di un notevole effetto deflativo sul contenzioso. Il litisconsorzio *aggregato* prevede più specificamente, in una prima fase l'esercizio dell'azione da parte di uno dei contitolari dell'interesse a dimensione sovraindividuale. Instaurata la controversia secondo il rapporto bilaterale tradizionale, si apre una seconda fase di "adesione" degli

[129] Va detto fin d'ora che l'istituto dell*'opt-out* è tra i più controversi nel dibattito relativo all'importabilità del modello nordamericano delle *class actions*, che ne fa ampio uso, specialmente in relazione agli effetti dannosi in grado di produrre su un eventuale esito conciliativo della controversia: la mancata possibilità di risolvere definitivamente la controversia con effetti estesi a tutta la classe dei possibili danneggiati, infatti, svolge spesso un ruolo determinante nel disincentivare la conciliazione. Ma sull'argomento *amplius* cfr. *infra…*

[130] La genesi dell'attributo "aggregato" si deve a CAPONI, '*Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori',* in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, p. 819-852, che con puntuali osservazioni analizza l'impalcatura normativa scelta dal nostro legislatore in ordine alla tutela risarcitoria dei consumatori. Su cui *amplius* v. *infra*, cap. III

altri componenti della categoria che intendano avvalersi, anche loro, della tutela collettiva. La loro partecipazione al processo non è imposta né giuridicamente né logicamente e si versa in una ipotesi di litisconsorzio *facoltativo* dal lato attivo. E tuttavia la figura in esame se ne distingue per diverse ragioni. Per un verso la gestione del processo con i relativi rischi restano di competenza esclusiva del *proponente,* per altro invece gli *aderenti* assurgono a destinatari del giudicato (favorevole o sfavorevole) e dunque assumono la qualità di parti nel processo unicamente in senso sostanziale[131]. L'adesione, si badi, comporta rinuncia ad ogni azione individuale fondata sul medesimo titolo. In definitiva il *proponente* si vede attribuita cumulativamente sia la legittimazione ordinaria, poiché fa valere un proprio diritto, sia la legittimazione straordinaria, agendo in nome proprio ma nell'interesse anche degli *aderenti.* Si tratta sostanzialmente del sistema definito oltreoceano "*opt-in",* e sul quale ci si soffermerà meglio *infra.*

[131] L'innovazione rispetto al processo litisconsortile classico è evidente. In quest'ultimo (art.103 c.p.c.) si ha infatti un cumulo di tanti processi individuali che si celebrano simultaneamente e congiuntamente in modo tale da rispettare la corrispondenza fra parti sostanziali titolari dei rapporti controversi e parti in senso processuali.

6. Considerazioni d'insieme

Come mostrato nelle pagine che hanno preceduto, è emerso che il giudizio collettivo risarcitoria si inserisce in un quadro strutturale e funzionale molto più articolato e complesso rispetto a quello a cui appartiene il giudizio individuale. Sullo sfondo si staglia l'obiettivo comune ad entrambi, cioè tutelare sul piano giurisdizionale situazioni soggettive pregiudicate. Esso può essere declinato su tre piani: a) quello della effettività e dell'accesso alla giustizia, b) quello della deterrenza, c) e quello dell'economia processuale.

a) Si è detto infatti che la tutela collettiva risarcitoria consente sul piano giurisdizionale l'emersione di un contenzioso che, in assenza di strumenti collettivi, è destinato a rimanere latente. Si allude precisamente agli cd. *small claims,* contrassegnati da una forte disparità di posizione tra parte professionale e singolo individuo tale che «realizzatosi l'illecito, il vantaggio economico globale, ovvero aggregato, che l'autore della condotta antigiuridica è in grado di conseguire è decisamente elevato, ma di contro il vantaggio economico che ciascun soggetto può ottenere da una eventuale vittoria è troppo esiguo per giustificare i costi che dovrebbe sobbarcarsi per affrontare il giudizio»[132]. L'altro tratto qualificante di questo tipo di contenzioso è la natura seriale (si parla infatti variamente di diritti isomorfi o individuali omogenei) dovuta in massima parte alla bassa incidenza delle questioni *personali* nell'accertamento dell'illecito. E sebbene l'ordinamento garantisce ai singoli il diritto di agire individualmente per il risarcimento dei danni patiti, in concreto tuttavia tale diritto rimane sostanzialmente inattuato nella stragrande maggioranza dei casi. Con il risultato finale che il "costo" dell'illecito è illegittimamente ridistribuito sui soggetti che lo subiscono, anziché ricadere sul loro responsabile[133]. In quest'ottica, quindi, la tutela collettiva risarcitoria svolge

[132] DONZELLI, *L' azione di classe a tutela dei consumatori*, Jovene, 2011, p. 20 ss.
[133] Taluno ha parlato di "sovra-profitto" che trae il responsabile, potendo questi contare sulle inefficienze del sistema giudiziario e processuale e dunque riuscendo a sottrarsi in tal modo ad un obbligo risarcitorio pieno ed

anzitutto una funzione compensativa/riparatoria dell'asimmetria ora indicata e di riallineamento fra le parti, in quanto rende più vantaggioso il giudizio abbattendone i relativi costi: in sostanza i diritti che difficilmente avrebbero ricevuto tutela nell'ambito dei giudizi individuali vedono qui accresciuta la possibilità di trovare concreto accesso alla giustizia con ricadute positive sull'effettività della tutela giurisdizionale in termini di promozionalità del diritto e accesso alla giustizia[134].

b) Accanto alle finalità tipicamente repressive, si erge poi la funzione conformativa delle condotte materiali. L'azione collettiva infatti persegue un effetto deterrente che contribuisce al rafforzamento del contenuto precettivo della disciplina sostanziale posta a tutela degli interessi collettivi e sortendo in tal modo un'efficacia concretamente dissuasiva della commissione di illeciti da parte di operatori economici, che altrimenti, non avvertendo il rischio di potenziali iniziative giudiziarie, hanno deboli motivazioni a rispettare le disposizioni normative e le regole di condotta previste in ciascun settore. In questo settore, cioè, «l'iniziativa giudiziaria collettiva privata si affianca all'attività pubblica di prevenzione e di controllo nei confronti del potere economico dell'impresa, come sorta di potere generato dalla società civile, contrapposto al potere economico dell'impresa» [135] . L'azione collettiva cioè costituisce uno strumento di accrescimento del grado di spontaneo rispetto delle norme a fondamento

---

effettivo. In questi termini MARTINELLO, '*La class action'*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, n.1., 2006, p. 90 ss.

[134] Con particolare riferimento alla *class action* nordamericana si è detto sinteticamente: «The class action is a tool for overcoming the free-rider and other collective action problems that impair any attempt to organize a large number of discrete individuals in any common project. These kinds of problems are prevalent in sistuations when a large number of people have been injured by another person's conduct, but when the injury to many of these individuals is small. In the absence of a class action device such injuries would often go unremedied because most individual plaintiffs would not themselves have a sufficient economic stake in the litigation to incur the litigation costs.[…] Organizing the conduct of litigation with large numbers of additional parties would be a nightmare. […] The class action procedure partially overcomes these difficulties by providing an effective and inexpensive procedure for joining large numbers of individual plaintiffs». (MACEY e G.P. MILLER, '*The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform',* 58 University of Chicago Law Review 1, 1991, p.8-9)

[135] CAPONI, op. cit., p.826

pubblicistico di regolazione del mercato a tutela di interessi collettivi, allorché spesso i poteri delle autorità pubbliche risultino carenti o disfunzionali. Sotto questo profilo si è inoltre sviluppata una riflessione volta a verificare i rischi di "*overdeterrence*" che potrebbe comportare il cumulo di strumenti di deterrenza dovuti alla sovrapposizione di istituti di "*private enforcement*", a quelli, già esistenti di "*public enforcement*"[136]. In particolare potrebbe darsi l'eventualità che il destinatario del comportamento doveroso possa essere indotto a investire, al fine di scongiurare la commissione di illeciti, più del costo da prevenire in conseguenza dell'obbligo di risarcimento dei danni cagionati. D'altra parte, l'effetto intimidatorio dell'azione collettiva potrebbe indurre a conciliare domande pretestuose e prive di fondamento giuridico. Entrambe le ipotesi, si dice, potrebbero rivelarsi foriere di risvolti negativi per l'intero sistema economico. Si è però anche osservato che il verificarsi di simili fenomeni dipende in larga misura dalla configurazione degli incentivi all'esercizio del giudizio collettivo: nella misura in cui cioè si presuppone un sistema di incentivi correlato all'accoglimento della domanda, che quindi favorisca la proposizione della stessa solo in quanto sia fondata, vi è un pieno rispetto della certezza del diritto e una minimizzazione degli effetti negativi connessi alla sovradeterrenza[137].

c) Infine, la trattazione congiunta di una pluralità di pretese realizza economie di scala che rendono di gran lunga preferibile un giudizio collettivo unico a numerosi giudizi individuali, in vista del conseguimento di significativi risultati deflativi del contenzioso giudiziale. Ovviamente l'apprezzamento positivo di un tale risultato è posto in diretta dipendenza con il numero e la qualità delle questioni

[136] Il concetto di *enforcement* di derivazione anglosassone è di difficile traduzione nelle lingue dei paesi continentali. Normalmente vi si ricorre con riferimento all'insieme complesso di procedimenti e tecniche finalizzate a garantire l'attuazione sostanziale ed effettiva del diritto messe in campo dall'autorità statale nei confronti dei soggetti che violano le norme che governano una data comunità. Così in *New Law Journal,* Volume 123, Part 1, 1974, p. 358

[137] Su questi temi con maggiore profondità di analisi GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, op. cit., p.54-68 nonché *infra* cap. II, con particolare riferimento alle regole di ripartizione delle spese, ai *punitive damages* e non da ultimo al ruolo dell'avvocatura.

personali coinvolte nella controversia. Il giudizio collettivo, infatti, si rivela pienamente opportuno soltanto allorché sia comparativamente più vantaggioso, in termini di tempi e di costi, sia per i singoli individui, sia per il complessivo sistema della giustizia. Pertanto si rileva a tal proposito che un giudizio in cui accanto alle poche questioni comuni coesistano numerose o complesse questioni personali, possa risultare ingestibile da parte dell'organo giudicante chiamato a risolvere la controversia, la quale in tali casi si trasformerà in un sostanziale cumulo di pretese individuali, anziché mantenere la sua connotazione più propriamente collettiva[138].

La complessità del quadro funzionale così delineato finisce naturalmente per riflettersi sulla struttura processuale dell'istituto. Si è già ampiamente evidenziato come le esigenze sottese alla innovativa tutela collettiva spingano verso l'abbandono della configurazione strutturale individuale, nonché di quella litisconsortile tradizionale[139]. In linea teorica possono darsi distinti e molteplici modelli processuali che rispondono a tali esigenze. Le variabili che

[138] Rimarchevole è l'arguta metafora dell' "autobus della giustizia" elaborata da GIUSSANI e apparsa per la prima volta in '*Il consumatore come parte debole nel processo civile italiano tra esigenze di tutela e prospettive di riforma'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2005, p. 525 ss e più volte richiamata dallo stesso: «l'azione collettiva risarcitoria a tutela di diritti individuali omogenei si può vedere come un autobus, da introdurre in una città – il sistema della giustizia civile – il cui trasporto pubblico è realizzato solo dai taxi. L'immagine chiarisce come la funzione di razionalizzazione dell'impiego di risorse conviva con quella di ampliamento dell'accesso al sistema: gli autobus sono più lenti dei taxi, e magari ne rendono anche più lenta la circolazione, ma l'effetto benefico complessivo sul sistema è evidente, perché diminuisce, a parità di persone trasportate, il numero di mezzi in strada (nella misura in cui alcuni potenziali utenti di diversi taxi possono raggrupparsi in un unico autobus), e inoltre accedono al trasporto pubblico anche coloro che non possono permettersi il costo del taxi (sicché aumenta la mobilità complessiva); l'azione collettiva risarcitoria a tutela di diritti individuali omogenei ambisce, analogamente, a raggruppare in un unico complesso procedimento un grande numero di controversie seriali, assicurando un trattamento meno "personalizzato" ma un significativo abbattimento del costo unitario, in modo da conseguire un complessivo incremento dell'attuazione del diritto sostanziale (quale risultato della migliore efficienza unitaria e dell'abbattimento dei costi di accesso)».

[139] Rileva DONZELLI, ult. op. cit., p. 38, che «il processo individuale, essendo volto alla tutela di diritti soggettivi sostanziali rimasti insoddisfatti, risponde – salvo eccezioni – al principio di strumentalità, stando al quale mediante il processo la parte mira a conseguire le medesime utilità che avrebbe dovuto ottenere sul piano sostanziale qualora le parti avessero cooperato nell'attuazione del diritto. Ciò significa che gli elementi soggettivi ed oggettivi del rapporto processuale sono i medesimi che si rinvengono sul piano sostanziale e le decisioni che chiudono il processo, decidendo nel merito la controversia, assumono questa medesima dimensione. Rare ed eccezionali, di contro, sono le ipotesi in cui l'accertamento giudiziale riguarda soggetti che non hanno assunto la qualità di parte nel processo o riguarda materie più ristrette rispetto al diritto soggettivo dedotto in giudizio in via di *petitum* sostanziale».

influenzano tali modelli sono anch'esse molteplici. La diversa conformazione di questi elementi, e l'opzione di politica del diritto che vi è sottesa, porta a delineare fisionomie del giudizio collettivo altrettanto distinte fra loro per caratteristiche e conseguenze pratiche sul rispettivo funzionamento, nonché alla luce della gestazione e dell'evoluzione in contesti culturali e giuridici assai eterogenei.

I profili strutturali essenziali possono essere ricondotti su tre linee direttrici: a) il carattere rappresentativo dell'azione; b) la natura selettiva del giudizio e la variabilità dell'oggetto; c) il ruolo del giudice[140].

a) La «azione rappresentativa» si connota per la semplificazione operata sul piano soggettivo del processo. Specialmente innanzi al fenomeno della dispersione territoriale e la disaggregazione sociale dei componenti della classe, comportante costi di coordinamento eccessivamente elevati, si avverte maggiormente la necessità di realizzare la concentrazione dei poteri processuali in capo ad uno solo di essi. D'altro canto altrettanto urgente in tale ipotesi è l'esigenza di non comprimere eccessivamente le garanzie e le prerogative individuali nel processo (in particolare il diritto di azione e di difesa), sicché occorre introdurre appositi meccanismi correttivi. Tra questi si inserisce anzitutto la verifica della "rappresentatività" del soggetto che agisce, tale cioè che sia dotato delle qualità soggettive e oggettive da renderlo idoneo a tutelare adeguatamente gli interessi della classe. L'altro rilevante aspetto è quello dei limiti soggettivi del giudicato e dell'effettiva possibilità per i soggetti rimasti fuori dal giudizio di sottrarsi all'efficacia preclusiva del giudicato. Si è accennato alla riconducibilità delle soluzioni a due fondamentali regimi processuali: il sistema dell'*opt-in,* in cui l'efficacia vincolante della sentenza investe, oltre che le parti processuali, anche i contitolari del diritto collettivo che volontariamente aderiscono al giudizio; il regime di *opt-out*, in cui l'efficacia della sentenza è generale ed estesa automaticamente all'intera classe dei soggetti e indipendentemente da un atto volontario di adesione, a meno che coloro che intendano

[140] *ibidem,* p. 28 ss., tratteggia tale distinzione e descrive con esausitività il contenuto di ciascun profilo.

sottrarsi ad essa, manifestino espressamente e tempestivamente la loro volontà in tal senso[141].

b) Il secondo elemento strutturale si lega intimamente al grado di differenziazione delle questioni dedotte. E' di agevole percezione come il giudizio collettivo risarcitorio risulti senz'altro efficiente nell'ipotesi di serialità delle pretese, mentre di contro si rivela sempre meno conveniente al crescere della disomogeneità che ne impedisce la trattazione comune in quanto si inciderebbe indebitamente sui principi del giusto processo riconosciuti a ciascun componente della classe. Alla luce di tali considerazioni, gli ordinamenti si sono muniti di particolari filtri di ammissibilità allo scopo di selezionare le questioni comuni integranti l'oggetto del giudizio collettivo e verificare che quindi il giudizio sia "utile", ossia in grado di garantire il raggiungimento delle finalità precedentemente indicate senza dar luogo ad una indebita compressione delle garanzie processuali. L'accertamento delle questioni personali residuali, sempre che rivestano in concreto un ruolo marginale, è poi riservato a successivi giudizi individuali di "completamento": si pensi anzitutto alla concreta liquidazione del risarcimento del danno subito da ciascun soggetto leso.

---

[141] Ricorrendo nuovamente alla metafora di GIUSSANI, ult. op. cit., p. 525 ss, cui si è poc'anzi accennato: «Similmente può trattarsi il tema dell'alternativa fra il sistema dell'adesione (*opt-in*) e quello del recesso (*opt-out*) rispetto ai titolari di diritti individuali omogenei rimasti passivi in occasione dell'esercizio dell'azione collettiva risarcitoria diretta alla loro tutela (ossia la questione se ricomprendere o meno nell'azione collettiva i diritti dei componenti passivi del gruppo di riferimento: con il sistema dell'*opt-in* sono inclusi solo quanti tempestivamente aderiscano, mentre con quello dell'*opt-out* sono esclusi solo quanti tempestivamente recedano): il percorso dell'autobus deve prevedere stazioni intermedie in cui si possa salire o scendere, ed è senz'altro preferibile che l'autista si fermi per permetterlo anche se la persona presso il relativo segnale non ha alzato la mano per richiederlo espressamente.» E prosegue approfondendo la questione con riferimento al nostro ordinamento «[…]l'art. 24 cost. impone che si permetta sempre di scendere dal mezzo – come anche di non salirvi – ma non impedisce affatto di prevedere che debba poter salire anche chi non lo abbia chiesto esplicitamente, sicché l'ovvia preferibilità del sistema dell'*opt-out*, dal punto di vista dell'economia processuale come sopra intesa (come anche, d'altronde, ai fini della deterrenza nei termini esaminati in precedenza, e persino dal punto di vista della diffusione della propensione al comportamento cooperativo: dato che l'esperienza indica che qualsiasi sia il sistema adottato, solo ridottissime percentuali degli interessati si attivano, il sistema dell'*opt-in* veicola l'informazione che il comportamento prevalente è opportunistico, mentre quello dell'*opt-out* veicola l'informazione che l'opportunismo è inusuale, e quindi – in vista delle considerazioni in precedenza formulate – favorisce assai di più la diffusione della cultura dell'associazionismo)[…]».

c) infine è di centrale rilevanza il ruolo che il giudice svolge nel processo collettivo. Mentre nel modello processuale individuale la sussistenza delle condizioni dell'azione (con principale riferimento alla legittimazione e all'interesse ad agire) passa sotto il vaglio del giudice sulla base di una valutazione sommaria di ammissibilità, nel giudizio collettivo il giudice deve costantemente verificare la rappresentatività degli interessi della classe e l'utilità effettiva del procedimento nell'ottica di apprestare una adeguata tutela. Come è agevole inferire, tale maggior ampiezza di potere in capo all'organo giurisdizionale reca con sè il rischio di un'eccessiva discrezionalità, in relazione al quale ciascun ordinamento ha provveduto a introdurre appositi limiti.

Giunti a questo punto la riflessione è matura per procedere all'analisi comparatistica tra i principali modelli di tutela collettiva.

CAPITOLO SECONDO

Class action statunitense e importabilità nei sistemi di *civil law*

SOMMARIO: **1.** Considerazioni introduttive: il *regulatory pluralism* negli USA – **2.** Fondamento normativo: la Rule 23. **2.1**. Prerequisiti. **2.2.** Tipologie. – **3.** Il ruolo del giudice: *certification, notice* e gestione "manageriale" del procedimento – **4.** La funzione propulsiva dell' "imprenditoria forense". **4.1.** La dinamica *principal-agent* e i costi di agenzia. **4.2.** Incentivi economici d'oltreoceano: tra luci e ombre. – **5.** L'esito conciliativo e il rischio delle pratiche abusive. **5.1.** *Global peace* e *future claims*. **5.2.** *Judicial review* e contenuto dell'accordo – **6.** *Punitive damages* e funzione di deterrenza. – **7.** La prospettiva comparata.

1. Considerazioni introduttive: il *regulatory pluralism* negli USA

I meccanismi della tutela giurisdizionale collettiva che si vanno delineando sono un fenomeno del tutto sconosciuto alla pregressa esperienza giuridica europea. E' invece sul versante anglosassone che in epoca ormai risalente le esigenze di cui si è dato conto hanno trovato terreno fertile e concreto inquadramento giuridico nell'istituto della «*class action*», da sempre strumento processuale privilegiato nel sistema statunitense per lo svolgimento dei giudizi collettivi associati a *mass torts.*

Un meccanismo di tutela giurisdizionale molto peculiare per struttura e implicazioni, che da un lato consente ad un singolo individuo danneggiato (cd. «class rappresentative»), all'occorrere di determinate circostanze e requisiti predeterminati, di agire in giudizio per un proprio interesse, ma per conto (*"on behalf")* anche della classe, senza che sia a ciò necessario l'effettivo concorso della volontà degli altri componenti di essa; dall'altro lato e

contemporaneamente, realizza molteplici funzioni interne ed esterne al giudizio in senso stretto: anzitutto di carattere riparatorio e restitutorio riguardanti direttamente i soggetti passivi; in secondo luogo di efficienza ed economia processuale; infine di deterrenza e *enforcement* privato di normative di interesse collettivo che riguardano la generalità dei consociati, seppur estranei al processo.

E' proprio questo il terreno d'elezione di un profondo solco fra gli ordinamenti giuridici europei e quelli americani che rende quanto meno problematica la trasposizione e il recepimento del modello dei *mass torts* e della loro risoluzione mediante azioni di classe. Questo tipo di azioni infatti, oltre ad avere intenti risarcitori di immediata percezione, perseguono negli USA funzioni ed obiettivi di *policy e* regolazione pubblica tipicamente demandati, da quest'altra parte di Oceano, alle autorità statali ed *in primis* al legislatore. Si suole distinguere infatti tra azioni "*damage oriented"* e "*policy oriented"*. Inizialmente, scopo ultimo del rimedio collettivo, così come concepito al momento della sua introduzione nel 1938 [142] , era di provvedere al ristoro dei pregiudizi subiti da gruppi di persone presumibilmente non in grado o poco inclini ad azioni individuali. Nei successivi decenni l'emergere dei *mass torts,* portò a una sorta di "amministratizzazione" del problema, con le cd. *agencies*[143] e altre istituzioni pubbliche impegnate a confrontarsi con casi di enorme rilievo pubblico[144]. Coerentemente le azioni collettive si arricchirono di nuove funzioni di regolazione e di deterrenza sì da orientarsi al perseguimento di valori collettivi emergenti. In questo contesto i singoli casi giurisprudenziali assumono valenza metaindividuale e divengono a un tempo grimaldello e veicolo di sostanziali mutamenti nella prassi giudiziale e quindi nella regolazione pubblica di determinati fenomeni nonché nell'adeguamento degli standard comportamentali di un certo settore del diritto.

[142] Codificata nella *Rule 23* delle Federal Rules of Civil Procedure [FED. R. CIV. P. 23].
[143] Come noto nell'esperienza storica statunitense si tratta di organismi pubblici indipendenti dal potere federale e dotati di specifiche competenze tecniche in determinati settori avvertiti come particolarmente sensibili e meritevoli di tutela rafforzata. Svolgono funzioni amministrative di controllo, autorizzazione, e, in taluni casi, di normazione secondaria e risoluzione stragiudiziale di controversie.
[144] Si pensi, solo per fare un esempio, al caso dell'amianto (o asbesto) i cui primi accertamenti giudiziali evidenti di tossicità risalgono alla fine degli anni settanta.

Più precisamente, la *class action* privata, in veste di istituto processuale preposto alla risoluzione dei problemi di tutela collettiva nella società di massa, interagisce con il potere regolatore dello Stato secondo due diversi moduli: ora quale soggetto del tutto svincolato da legami con esso, ora quale suo manifesto o tacito alleato, ora, ed è questo un caso frequente nel sistema statunitense, quale suo diretto rivale[145]. Nell'accezione di subalternità della class action al controllo politico, dominante nei paesi di tradizione fortemente statalista, il controllo e la regolazione esclusiva delle problematiche collettive spetta l'autorità pubblica democraticamente eletta. Agli antipodi si colloca l'accezione di *class action* quale potere complementare o talvolta indipendente e alternativo, che fa emergere la più peculiare delle caratteristiche del contenzioso civile nei mercati di massa. Quest'ultimo si fonda sull'idea di un coinvolgimento di molteplici figure attivi nell'ambito dei processi *di law enforcement*, ossia del potere di regolazione delle condotte sociali[146]*:* una forma cioè di pluralismo regolatore (cd. «*regulatory pluralism»).* In altri termini attraverso una effettiva tutela dei diritti dei privati l'ordinamento riesce a orientare le condotte delle imprese con strumenti che possono affiancare o sostituire gli interventi di diritto pubblico.

L'attribuzione di legittimazione collettiva ad un'istituzione privata quale la *class action*, alternativa al controllo monopolista dello Stato, richiede una giustificazione sostanziale essendo la prima priva degli elementi della partecipazione, del consenso e della responsabilità politica che tipicamente connotano il secondo. Questa legittimazione può essere sinteticamente compendiata da un passaggio della motivazione della Corte Suprema argentina ad una sentenza rivoluzionaria che ha stabilito l'esistenza di un vero e proprio diritto alla azione collettiva fondato direttamente sulla Costituzione: «le azioni collettive costituiscono un importante sostegno alla struttura istituzionale del Paese poiché sono dei meccanismi che permettono alla società civile di partecipare allo Stato di diritto. Se i comuni cittadini

[145] Il diverso atteggiarsi della relazione è approfondito da ISSACHAROFF, 'Class Actions and State Authority', in Loyola University Chicago Law Review 44, 2013, p. 369-390 a cui si rimanda.

[146] *Il* concetto di *enforcement* è di difficile traduzione nelle lingue dei paesi continentali. Normalmente vi si ricorre con riferimento all'insieme complesso di procedimenti e tecniche finalizzate a garantire l'attuazione sostanziale ed effettiva del diritto messe in campo dall'autorità statale nei confronti dei soggetti che violano le norme che governano una data comunità. Così in *New Law Journal,* Volume 123, Part 1, 1974, p. 358

partecipassero alla vita del Paese, ci sarebbero meno decisioni centralizzate in un Paese con una lunga tradizione di centralizzazione dei processi decisionali»[147].

Ne deriva un sistema imperniato sulla responsabilità civile *ex post factum* come strumento di regolazione del mercato e di tutela dei consumatori, in contrasto alla previsione di norme regolamentari che condizionano *ex ante* l'accesso al mercato e quindi alla giustizia, con la selezione preventiva delle organizzazioni e degli enti esponenziali legittimati ad agire[148].

La regolazione «dopo il fatto» è senz'altro uno degli elementi maggiormente distintivi del *common law* che ha garantito nel tempo ai Paesi che lo adottano un'ampia flessibilità di regolazione in luogo della rigidità dei comandi e delle sanzioni tipica del diritto positivo, cui inevitabilmente si associa un ben più elevato rischio di rapida obsolescenza e dunque di lacuna nella tutela di diritti emergenti[149].

La regolazione *ex ante* è più efficace quando i danni potenziali sono prevedibili e le precauzioni sono facilmente accertate. L'esecuzione mediante responsabilità *ex post* è più adatta alle circostanze in cui i potenziali danni sono variabili o le precauzioni disponibili sono incerte, tra cui possono senz'altro annoverarsi i *mass torts*, per caratteristiche e struttura fenomenologica.

Come premesso, la *class action*, quale declinazione di riferimento nella frastagliata costellazione della cd. group litigation, riesce a travalicare gli ostacoli che possono

---

[147] Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24 febbraio 2009, Halabi c. Poder Ejecutivo Nacional, Ley 25.873, decreto 1563/042/amparo ley 16.986 (Halabi). Per ulteriori approfondimenti sul punto si veda *LAHAV, 'The Political Justification for Group Litigation'*, in *Fordham Law Review,* vol.81, 2013, p. 3193-3212.

[148] Di particolare utilità per la chiarezza delle affermazioni è il richiamo a CAFAGGI e MICKLITZ, *New Frontiers of Consumer Protection*. *The Interplay between Private and Public Enforcement*, Intersentiq, 2009, nelle cui pagine introduttive gli autori suggeriscono come il mercato potrebbe beneficiare del forte legame fra azioni collettive e strategie alternative di regolazione: «Shifting enforcement from *ex ante* to *ex post* may permit entry liberalization, leaving pre-market authorization only for specific and riskier products or services.»

[149] Ne enfatizza la centralità nel sistema giuridico americano ISSACHAROFF, in '*Regulating after the Fact'*, in *Depaul Law Review* 375, 2007, p. 377 ss. L'Autore non manca di sottolineare in altro suo contributo l'importanza e l'efficacia che l'istituto ha ricoperto negli Stati Uniti nel contrastare in modo indipendente gli illeciti di massa. «To speak of class actions as "leveling the playing field" is not only a matter of balancing the strengths of the relative litigation interests but of the deeper concern that absent some form of independent group redress, wrongdoing will likely go undetected and unchallenged» (ID, '*Assembling Class Actions',* in *Washington University Law Review*, Vol. 90, 2013, p. 699-727)

compromettere il corretto funzionamento del principio di responsabilità civile a svolgere un ruolo fondamentale nella regolazione del mercato in virtù della sua indipendenza da qualsivoglia struttura istituzionale statale. In questo contesto l'*enforcement* privato della legge per mezzo di una azione collettiva non soltanto incide positivamente limando la sperequazione delle risorse giudiziali nel rapporto fra parti occasionali e parti abituali (infatti la prospettiva di un'azione collettiva costituisce un incentivo propulsivo ad intraprendere il contenzioso attraverso il coordinamento delle cause individuale). Piuttosto risulta determinante il pluralismo delle fonti nell'atto di esercitare un controllo su quei mercati intrinsecamente caratterizzati da interessi asimmetrici. Su tali versanti, maggiore è il numero dei potenziali soggetti regolatori, meno incombente è il pericolo che la regolazione si pieghi agli interessi degli stessi soggetti regolati. In ciò la *class action* svolge un'indubitabile funzione di ribilanciamento degli interessi coinvolti nel conflitto giudiziale.

L'azione privata, quale forma di regolazione concorrente, prevede perciò una centralità di colui che assume l'iniziativa con riguardo a singole pretese risarcitorie assolutamente inedita per il giurista *di civil law*. In questo scenario è il soggetto privato che fa da garante principali dei beni e degli interessi collettivi in luogo dell'autorità pubblica, contrastando in tal modo la cd. «tragedy of commons», che come noto conduce a livelli subottimali di benessere sociale.

2. Fondamento normativo: la *Rule 23*

La *class action* statunitense costituisce senza dubbio l'esempio più classico e globalmente noto di tutela collettiva: ad essa si sono ispirati la maggior parte dei sistemi giuridici, incluso il nostro, che negli ultimi anni hanno inteso sviluppare sistemi di accesso collettivo alla giustizia a fini risarcitori e/o inibitori. In terra natia, l'istituto ha svolto per decenni, detenendo tuttora, un ruolo primario nella gestione dei rapporti giuridici fra soggetti pubblici e privati su una vasta serie di settori, come si è rilevato *retro* a proposito dei *mass torts*. Fermo restando che oltreoceano non vi è un modello unico di class action, ma alla disciplina federale si affiancano le diverse legislazioni statali, l'impianto delineato dalla *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)*, adottata nel 1938 e opportunamente emendata a più riprese, costituisce tuttavia l'imprescindibile punto di riferimento. Come spesso accade negli ordinamenti di *common law* tale istituto presenta i tipici caratteri della *«law in action»* caratterizzandosi, non tanto quale il rigido frutto della decisione politica, quanto piuttosto come il risultato di un risalente e mai cessato *iter* dottrinale e giurisprudenziale, che nel corso del tempo ne hanno modellato ed adattato la fisionomia a seconda delle esigenze e degli obiettivi di diritto che di volta in volta si considerano prevalenti, contribuendo a farne in definitiva un istituto duttile ed elastico.

Nella sua formulazione attuale, che si deve in larga parte all'intervento riformatore del 1966, la norma consente ad uno o più membri di una classe di agire in giudizio come parte rappresentativa della stessa per l'accertamento di un illecito lesivo degli interessi comuni all'intera classe e il conseguimento del risarcimento del danno patito in conseguenza, a condizione che sussistano cumulativamente tutti i prerequisiti tassativamente indicati al paragrafo sub (a*),* unitamente alla riconducibilità ad almeno una delle tipologie di azione menzionate al successivo paragrafo sub (b). Si tratta dunque di un procedimento di ammissibilità bifasico, che culmina, in caso di esito positivo da parte dell'organo

giurisdizionale preposto, nel provvedimento di cd. «*certification*», che autorizza ufficialmente l'avvio del giudizio collettivo[150].

Il modello statunitense si regge dunque su un sistema di legittimazione diffusa che si presenta come improntato ad una concezione "liberista"[151], posto che potenzialmente ciascun membro della classe, in quanto titolare di un interesse dotato delle caratteristiche tipiche di quello di tutti gli altri, può attivare il contenzioso individualmente a nome e per conto dell'intera collettività e senza che ricorra l'effettivo concorso delle volontà, assumendo in tal modo la veste di parte rappresentativa (cd. «*named* o *class representative»* ovvero ancora «*leading plaintiff»)*. Questo elemento, insieme alla mancanza della determinazione di una qualificazione soggettiva cui l'interesse di ciascun membro della collettività di riferimento deve potersi riferire (es. utenti, consumatori, ecc…), connota la *class action* quale strumento processuale di carattere "generale", «nel senso che esso non è finalizzato alla tutela di delimitate situazioni giuridiche sostanziali, ma si presta ad essere impiegato per la tutela dei diritti più diversi e nei più vari settori del diritto»[152]. L'ambito di applicazione dell'istituto quindi non è secondo il modello statunitense limitato a determinate fattispecie, bensì risulta idoneo a gestire l'intera area dei *mass torts,* rivelandosi una soluzione processuale assai versatile, poiché affrancata da schemi giuridici precostituiti e prospettabile di volta in volta in relazione ad una inesauribile varietà casistica[153].

---

[150] Per uno sguardo generale sulla norma si rinvia al sintetico contributo in lingua inglese di J.D. ALEXANDER, *'An Introduction to Class Action Procedure in the United States',* in Presented Conference: *Debates over Group Litigation in Comparative Perspective*, Geneva, Switzerland, July 21-22, 2000 nonché all'opera di N.M. PACE, '*Class Actions in the United States of America:* An Overview of the Process and the Empirical Literature', in RAND Institut for Civil Justice, 2007. Per un'analisi più dettagliata ed esaustiva obbligato è il riferimento al poderoso volume *'Manual for Complex Litigation'*, 4th edition, a cura del *Federal Judicial Center*, Thomson West, 2004.

[151] L'espressione è utilizzata da GIUSSANI, voce "*Azione di classe",* in *Enciclopedia del diritto,* Annali VII, 2014.

[152] Così PASTORE, '*Class Action e modelli di tutela collettiva'*, in *Seminari di diritto privato comparato*, a cura di PARDOLESI, Cacucci, 2001, p.98

[153] «Class actions are prevalent not only in the more well-known contexts of product liability and securities claims, but also in diverse areas including general torts, employment discrimination, consumer practices, contracts, antitrust, environmental law, lending practices, civil rights, prisoner petitions, labor law, and intellectual property law». (Così BUXBAUM, '*Defining the Function and Scope of Group Litigation: The Role*

2.1. Prerequisiti[154]

Il singolo proponente aspirante portavoce della classe riveste una funzione molto delicata. Egli infatti svolge il ruolo di fiduciario e di protettore degli interessi dei membri della classe assenti. Al fine di ottenere la legittimazione ad agire in giudizio in rappresentanza dei medesimi, deve superare un vaglio giudiziale di ammissibilità volto a valutare l'effettiva sussistenza di alcuni parametri di idoneità soggettiva a rappresentare la *class* fungendo da campione. Si tratta più precisamente di quattro requisiti tipici (c.d. «*prerequisites»)* enumerati al paragrafo *sub* (*a*):

(1) «*numerosity»*[155]: il primo riguarda la composizione numerica della classe, che deve risultare abbastanza numerosa da rendere impraticabile, o comunque troppo dispendioso, il cumulo delle azioni individuali in un unico giudizio e quindi la contemporanea partecipazione di tutti al processo[156]. In altri termini tale requisito si ricollega alle ragioni di economia ed efficienza, postulando un'aggravio considerevole dal punto di vista logistico e amministrativo che renda preferibile la trattazione processuale unitaria dell'unico ricorso rappresentativo degli interessi collettivi della classe[157].

(2) «commonality»: in secondo luogo è necessario che la decisione di merito alla controversia che si intende instaurare dipenda dalla risoluzione di una o più questioni, di

---

of Class Actions for Monetary Damages in the United States', in GOTTWALD, Europäisches Insolvenzrecht – Kollektiver Rechtsschutz, Gieseking, 2008, p. 215–234

[154] FRCP, Rule 23

(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

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

[155] Si tratta di una caratteristica fisiologica anche per la categoria dei *mass torts*, come si è visto *retro*, cap. I

[156] Sì da realizzare il «joinder», traducibile in termini processuali di litisconsorzio.

[157] La norma non fa riferimento ad una consistenza precisa. Di conseguenza l'estensione della classe rappresentata dev'essere tale da impedire la partecipazione al giudizio di tutti i suoi componenti e va valutata caso per caso, dovendo tenersi conto non soltanto del mero dato numerico, ma altresì della estensione dell'area geografica di provenienza di ciascun componente e della difficoltà di reperire ciascuno individualmente. Certamente va detto che le probabilità di superare il vaglio di ammissibilità aumentano proporzionalmente alla maggiore consistenza della classe in termini numerici.

fatto o di diritto, comuni a tutti i membri della classe. L'esito giudiziale deve cioè poter soddisfare la pretesa di ciascun individuo cui l'interesse collettivo fatto valere è riferibile[158].

(3) «typicality»: è poi specificamente richiesto che le pretese azionate dal *class representative* siano omogenee all'intera classe, ossia che la domanda formulata in astratto possa farsi valere indistintamente da parte di ogni componente. Se l'attore rappresentativo ha subito un danno diverso o è titolare di un interesse differente rispetto ai soggetti rappresentati, tale requisito non può considerarsi soddisfatto[159]. Si tratta in definitiva di un presupposto volto a prevenire l'eventualità di possibili conflitti di interesse tra i membri della classe: il *class representative* in astratto per poter soddisfare l'interesse collettivo dovrebbe coerentemente mirare ad ottenere un certo provvedimento finale, ma concretamente potrebbe al contrario richiedere un altro tipo di provvedimento di cui si gioverebbe personalmente a discapito della collettività cui appartiene. Pertanto il requisito in esame assicura che gli interessi dell'attore siano sufficientemente allineati con quelli della classe e che la decisione di merito possa soddisfare contemporaneamente le posizioni di vantaggio di ciascun individuo coinvolto.

(4) *«adequacy»:* infine il giudice valuta l'idoneità e l'adeguatezza dell'attore, che deve apparire in grado di rappresentare la classe in maniera tecnicamente ed economicamente adeguata nonché nel rispetto dei principi di lealtà e buona fede ("*fairly")*. Peraltro anche del legale rappresentante devono parimenti verificarsi le summenzionate qualità, in particolare con riferimento alla comprovata capacità ed esperienza professionale nonché

[158] Come si è già spiegato in precedenza, a nulla osta che ciascuna pretesa si discosti, anche significativamente, dalle altre quanto all'ammontare del danno subito (*petitum)*. Quello che conta è che le situazioni di vantaggio soggettive la cui titolarità appartiene ai singoli individui membri siano "isomorfe", che cioè siano pregiudicate dal medesimo evento illecito (*causa petendi)* dal cui accertamento scaturisce l'obbligo di risarcimento da parte del convenuto.

[159] Un esempio calzante proviene da FAVA, '*L'importabilità delle class actions in Italia'*, in *Contratto e Impresa,* I, 2004, p.166-203: «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».

alla deontologia, parametri valutativi imprescindibili per rivestire tale delicato ruolo[160]. Tale requisito in parte si sovrappone a quello sub (3), nella misura in cui mira ad evitare conflitti di interessi tra parte processuale e parti sostanziali assenti in giudizio tanto al momento iniziale della proposizione dell'azione quanto in tutte le varie fasi e stadi in cui si articola il procedimento.

[160] A tal proposito si rileva infatti: «Provisions designed to minimize conflicts between the class members and their representatives, and to provide meaningful supervision of the lawyers' conduct of the case, are essential. The greatest abuses of the class action occur when lawyers for the class are free to promote their own economic interests without regard for those of the class. The most important safeguard is a requirement that the class representative adequately represent the interests of the class. Indeed, it violates fundamental fairness to allow a class member's rights to be determined without making sure that the representative will truly act in the class's interest. Structural assurances of adequate representation are the most effective. These include the requirements of typicality, commonality, competence, and experience.» (J.D. ALEXANDER, op. cit., p.24)

2.2. Tipologie

Perché si possa ottenere il provvedimento di *certification* il giudice deve inoltre valutare la riconducibilità ad almeno una delle tre diverse tipologie codificate al paragrafo *sub (b),* perché l'azione possa essere proseguita (*"maintained")*[161]*:*

(b)(1) la prima tipologia riguarda le ipotesi in cui la prosecuzione separata di azioni individuali ingeneri in via presuntiva il rischio di pervenire ad una pluralità di giudicati contraddittori o difformi con riferimento ai singoli membri della classe e la determinazione di obblighi di condotta altrettanto incoerenti e tra loro incompatibili in capo allo stesso convenuto[162]; oppure l'esperimento di azioni promosse individualmente possano incidere

[161] FRCP, Rule 23

(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.

[162] Si tratta di ipotesi di cd. *compulsive joinder,* assimilabili ad una forma di litisconsorzio necessario, codificata nel nostro ordinamento dall'art. 102 c.p.c., secondo cui «Se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso processo. Se questo è promosso da alcune o contro alcune soltanto di esse, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio in un termine perentorio da lui stabilito».

sugli interessi di altri membri estranei al processo, pregiudicandoli o impedendone la contestuale iniziativa in via giudiziale[163].

(b)(2) la seconda tipologia si ricollega alla circostanza in cui la controparte sia responsabile di condotte (attive o omissive) uniformi e univoche rispetto all'intera *class,* rendendo opportuna l'emanazione di un unico provvedimento finale vincolante.

Le tipologie appena menzionate sono generalmente orientate a produrre soluzioni di equità (*equitable remedies)* a carattere principalmente inibitorio o costitutivo ("*injunctive"* o "*declaratory" judgements*), e non invece soddisfazioni o riparazioni a carattere pecuniario (*monetary relief)*.

(b)(3) la terza tipologia è la fattispecie più rilevante e al contempo controversa. Vi rientrano più propriamente le pretese collettive aventi ad oggetto il risarcimento di un danno liquidabile pecuniariamente (cd. *damages class actions).* In tal caso la norma prevede che la certificazione sia concessa a condizione che sussistano due ulteriori requisiti rispetto a quelli del paragrafo (a) tali da riflettere l'utilità processuale del rimedio collettivo[164]. Ed in particolare si richiede che le questioni (di fatto o di diritto) comuni alla classe siano prevalenti rispetto a ciascuna questione individuale (cd. «*predominance»)* e che l'azione collettiva rappresenti il rimedio comparativamente più idoneo per la corretta ed efficiente soluzione della controversia (cd. «*superiority»),* avendo riguardo di condurre tale valutazione sulla base di alcuni specifici criteri: l'interesse di ciascun membro a preferire la prosecuzione separata delle rispettive pretese in quanto concorrente e alternativa rispetto alle altre, la preesistenza di

[163] Questa particolare tipologia di *class* action è universalmente riconosciuta come «*limited fund class action»*, che deve la sua denominazione alla circostanza che il patrimonio del *defendant* (convenuto) sia assai ridotto ed esiguo (*limited fund)* e rischi di estinguersi prima di assicurare soddisfazione monetaria a tutti i ricorrenti danneggiati. Consapevole di tale inconveniente, la *Rule 23*(b)(1)(B) consente a tutti i membri della classe di "aggregarsi" in un'unica azione, con ciò proteggendosi rispetto alla limitatezza del patrimonio che intendono aggredire, distribuendo quanto ottenuto secondo criteri equi predefiniti (ad esempio *per capita o pro rata).*

[164] Ciò si spiega dal momento che le *classes* disciplinate dalle *Rule 23*(b)(3) comprendono membri con pretese o interessi omogenei quanto al titolo giuridico da cui traggono fondamento, ma raramente coincidenti quanto a concreta entità ed estensione (si pensi appunto alla portata del danno variamente subito pur a causa della medesima pratica commerciale). Per questo motivo sono previsti requisiti più stringenti rispetto alle *cd.mandatory classes*, allo scopo cioè di colmare il minor grado di organicità e coesione strutturale che le caratterizzano.

controversie in corso della medesima specie, la maggiore convenienza a concentrare la materia del contendere in un'unica giurisdizione, le eventuali problematiche connesse alla gestione collettiva dell'azione.

3. Il ruolo del giudice: *certification, notice* e gestione "manageriale" del procedimento

L'effettivo soddisfacimento da parte del singolo proponente aspirante portavoce della classe di tutti i requisiti preordinati è sottoposto ad un giudizio di ammissibilità affidato al controllo del giudice, il quale, in caso di valutazione positiva, emette un provvedimento meramente autorizzatorio e senza entrare nel merito della controversia, ma al tempo stesso godendo di ampi margini di discrezionalità: si tratta cioè della cd. «certification». Essa dà ufficialmente avvio al procedimento e peraltro è modificabile e revocabile lungo tutto il corso giudiziale e fino al momento ultimo della decisione di merito[165]. Siffatto filtro consente in tal modo di limitare l'accesso alle sole domande collettive davvero meritevoli e che appaiano *prima facie* rilevanti, allo scopo di scongiurare usi pretestuosi dell'istituto in esame. In altri termini la disciplina tende ad assicurare che la domanda proposta dall'attore sia riferibile ad una classe sufficientemente coesa ed omogenea da giustificare il conferimento della legittimazione rappresentativa della medesima. Si tratta di un'operazione alquanto delicata e nevralgica dell'intero iter processuale, poiché l'attivazione della controversia collettiva mediante approvazione giudiziale produce alcune immediate conseguenze nella fase successiva del procedimento: all'atto della *certification* infatti viene definita la classe interessata e il suo ambito di estensione, individuando con precisione gli elementi distintivi dei suoi membri, delimitata la materia oggetto della cognizione del giudice e infine si procede alla nomina formale del legale rappresentante (cd. «*lead» o «class» counsel)* preposto alla effettiva gestione della lite[166].

---

[165] Per poter valutare se ricorrono tutti i presupposti necessari alla concessione di tale provvedimento, il giudice convoca le parti in una udienza preliminare (cd. *precertification hearing)* per acquisire tutti gli elementi necessari alla decisione, che ha carattere sommario e non comporta trattazione del merito, estranea a questa parte introduttiva del procedimento. La decisione con cui il giudice provvede a rilasciare o meno la *certification* è poi immediatamente appellabile innanzi alla *Court of Appeals, ex Rule 23*(F), "Appeals": «A court of appeals may permit an appeal from an order granting or denying class-action certification under this rule if a petition for permission to appeal is filed with the circuit clerk within 14 days after the order is entered. An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders».

[166] Con maggiore profondità di analisi CONSOLO-BONA-BUZZELLI, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria,* IPSOA, 2008, p.19: «Non è dato per scontato che l'avvocato, che sia il promotore di fatto

Il giudice svolge un ruolo regolatore di rilevanza decisiva in tutte le fasi del procedimento in esame ma specialmente in tale segmento iniziale, potendo far leva sull'ampia discrezionalità di cui è dotato nell'esercizio di poteri di direzione e controllo (paragrafo *(c))*[167]. Egli può non soltanto negare l'autorizzazione a procedere precludendo di fatto l'accesso alla tutela giurisdizionale[168], ma può altresì, laddove lo ritenga opportuno, disporre la prosecuzione in forma rappresentativa soltanto di alcune delle questioni proposte (cd. *issues classes*[169]*),* o altresì la suddivisione della *class* in più sottoclassi, qualora valuti tale soluzione più idonea a soddisfare il requisito della omogeneità delle pretese azionate e della adeguatezza della rappresentanza[170].

---

dell'azione, sia poi il suo *leader* (almeno per la corte): ai sensi della lettera (G)(1) della *Rule 23*, la corte certificante, laddove più avvocati si propongano per il ruolo di "*class counsel"*, dovrà scegliere il legale più idoneo a rappresentare gli interessi della classe, ciò evidentemente per una migliore tutela dei suoi membro […] a tal fine considerando diversi profili, tra i quali i seguenti: 1) l'impegno profuso dal legale nell'identificazione o nella ricerca delle potenziali pretese confluite nella *class action;* 2) l'esperienza dell'avvocato nella conduzione di *class action* o altri tipi di controversie connotate da simili livelli di complessità; 3) il grado di conoscenza da parte del difensore del diritto applicabile nell'azione; 4) le risorse che il legale si impegnerà a investire nel rappresentare la classe; 5) la capacità dell'avvocato a rappresentare adeguatamente e correttamente gli interessi della classe».

[167] FRCP, Rule 23

(c) Certification Order; Notice to Class Members; Judgment; Issues Classes; Subclasses.

(1) Certification Order.

(A) Time to Issue. At an early practicable time after a person sues or is sued as a class representative, the court must determine by order whether to certify the action as a class action.

(B) Defining the Class; Appointing Class Counsel. An order that certifies a class action must define the class and the class claims, issues, or defenses, and must appoint class counsel under Rule 23(g).

(C) Altering or Amending the Order. An order that grants or denies class certification may be altered or amended before final judgment.

[168] Tale rigetto è stato eloquentemente ribattezzato la "death knell" (letteralmente la campana a morto) della tutela giurisdizionale collettiva: «Because of individual claims are usually too small to justify the costs of litigation, denial of class certification usually means the case is over». (In questi termini J.D. ALEXANDER, op. cit., p. 6)

[169] Si ha in tali casi una "*partial certification*" che comporta una biforcazione del procedimento: da un lato il giudizio collettivo avente un certo oggetto di carattere generale e omogeneo con riferimento all'intera classe (es. l'accertamento della responsabilità del convenuto), dall'altro il giudizio individuale di ciascun componente in ordine all'accertamento di un aspetto più delimitato, e spesso personale, della vicenda (tipicamente l'esatta determinazione dell'ammontare del risarcimento).

[170] Ciò ad esempio può avvenire laddove si riscontri la presenza all'interno della classe di interessi diversi o in possibile conflitto fra loro. La discordanza di interessi può dipendere da vari fattori e, la suddivisione risulta il

Al rilascio della *certification* si ricollegano taluni effetti procedurali. Tra di essi, di fondamentale rilevanza è senza dubbio l'estensione degli effetti dell'esito del giudizio a tutti i soggetti che rientrano nella definizione di classe elaborata.

Una volta concessa la *certification* il processo continua a svolgersi sotto il potere direttivo del giudice che trova ancora nella fase iniziale di ammissibilità uno dei momenti di maggiore pregnanza all'atto della comunicazione tempestiva ed adeguata a tutti i membri della classe del provvedimento autorizzativo appena emesso (cd. «*notice*»)[171].

---

metodo più agile per gestire le differenze in punto di norme applicabili. Ciascuna sottoclasse dovrà ad ogni modo soddisfare tutti i requisiti indicati dalla *Rule 23* sezioni (a) e (b).

[171] Sulle modalità di esecuzione e la funzione della *notice* si rimanda a J.D. ALEXANDER, op. cit., p.24 ss.: «Another necessary structural safeguard is a means of assuring the most fundamental element of due process, notice and the opportunity to be heard. Class members should receive the best practicable notice under the circumstances – as our Supreme Court has put it, the kind of notice one would give if one actually wanted to inform the class. In some cases this would mean mail notice addressed specifically to the individual. In other cases, notice by publication in newspapers, television, the Internet, or by other means would be the best notice practicable. The kind of notice that is required should be within the discretion of the trial judge, who can take into account the circumstances of the specific case. Judges should have discretion to allocate the costs of class notice between plaintiffs and defendants. Judges should also be free to order notice to the class at any stage of the case where the class's interests and the final disposition of the case would be served.[…] Notice can inform class members of the proceeding in time for them to receive a meaningful opportunity to be heard through hearings or other methods, so that their interests will be taken into account before a final resolution is reached. This notice should occur at the start of the action, so that members can have a meaningful opportunity to participate. Notice should also be required of the terms of the proposed settlement. If notice and the right to opt out are given at the outset of the case, class members should also have the right to opt out after the terms of the settlement are known. The do not have adequate information to decide whether to remain in the class at the outset. In cases where it is not a necessity to resolve all claims in the same proceeding, class members should be given the right to opt out.»

Per esigenze di completezza si riporta il testo originale della FRCP, *Rule 23*, sezione (2) rubricata "*Notice*":

> (A) For (b)(1) or (b)(2) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), the court may direct appropriate notice to the class.
>
> (B) For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language:
>
> (i) the nature of the action;
>
> (ii) the definition of the class certified;
>
> (iii) the class claims, issues, or defenses;
>
> (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires;
>
> (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion;
>
> (vi) the time and manner for requesting exclusion; and
>
> (vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3)

Tale disciplina costituisce l'espressione diretta del principio costituzionale del *due process of law:* posto che la Costituzione garantisce a tutti un «giusto processo»[172], l'istituto della *class action* solleva la questione della legittimità della privazione dei singoli del diritto di agire autonomamente in giudizio, essendo vincolati all'esito di un processo a cui in concreto non partecipano[173]. Già nel 1940, la Corte Suprema, allorché ne venne investita, ammonì che la soggezione dei membri della *class* rimasti estranei al processo avrebbe costituito «failure of *due process* only in those cases where it cannot be said that the procedure adopted fairly assures the protection of the interests of absent parties who are to be bound by it»[174]. La regola è praticamente rimasta immutata: il giudicato relativo ad una *class action*, attesa la qualità di parte di alcuni componenti la *class*, può legittimamente, seppur in via eccezionale, vincolare gli altri membri che non rivestano tale qualità, a condizione che il procedimento assicuri, secondo modalità e schemi adeguati, la protezione degli interessi e dei diritti delle parti assenti.

Sotto questo profilo la tipologia delle *damages class actions sub* (b)(3) appare maggiormente garantista. In relazione ad essa infatti, la disciplina federale, senza prevedere particolari formalità, si limita a imporre al giudice di ordinare al *class representative* l'esecuzione della *"best notice practicable"* nei confronti di tutti i membri assenti della classe

[172] Principio consacrato sia nel V che nel XIV emendamento della Costituzione americana, entrambi intesi a proteggere i cittadini dalla privazione di «life, liberty, or property, without *due process of law».* Il V, limita l'attività del governo federale, il XIV invece limita l'attività dei governi dei singoli stati, vincolandoli al rispetto di tali garanzie di *due process.* Si è già parlato delle omologhe esigenze costituzionali presenti nel nostro ordinamento *retro*, cap. I, …

[173] Peraltro, come opportunamente ricordato, «L'obiezione sulla legittimità costituzionale delle azioni collettive incentrata sul fatto che alcuni agiscono per conto di altri senza mandato, è un classico di tutti gli ordinamenti, e viene regolarmente sollevata all'inizio dell'esperienza, non appena si tenta di introdurre strumenti di tutela collettiva». Così VIGORITI, *'Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro'*, in *Contratto e impresa*, 2008, p. 729-755

[174] Così in '*Hansberry v. Lee'*, 311 U.S. 32, 1940. Si tratta di un *leading case* fondamentale nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale statunitense successiva, poiché qui si enuncia per la prima volta, ammettendolo, il carattere eccezionale della *class action*, derogatrice della generale «*necessary party rule»*, secondo cui soltanto coloro che abbiano partecipato al giudizio sono soggetti al giudicato: «It is a principle of general application in Anglo-American jurisprudence that one is not bound by a judgment in personam in a litigation in which he is not designated as a party or to which he has not been made a party by service of process […]. To these general rules there is a recognized exception that, to an extent not precisely defined by judicial opinion, the judgment in a "class" or "representative" suit, to which some members of the class are parties, may bind members of the class or those represented who were not made parties to it».

identificabili attraverso un ragionevole sforzo[175]. La notificazione della *certification* è funzionale non soltanto a rendere tutti i soggetti coinvolti edotti della natura del giudizio in corso, della definizione delle caratteristiche della classe nonché le domande e le argomentazioni proposte, ma anche e soprattutto all'effettività dell'esercizio del diritto di *opt-out*[176]. A tale scopo essa deve in particolare indicare le modalità e il termine perentorio entro cui i destinatari possano far pervenire la propria dichiarazione di dissenso ed esclusione dal giudizio nonché l'avvertimento che, in mancanza, ogni pronuncia emessa nell'ambito del procedimento (favorevole o sfavorevole che sia) diverrà vincolante anche nei loro confronti[177]. Il singolo che scelga di non aderire alla classe in giudizio conserverà il diritto di intraprendere successivamente un'iniziativa processuale a titolo individuale[178].

---

[175] Solitamente le comunicazione avvengono via posta, ma possono essere altresì veicolate da giornali e annunci televisivi, radiofonici e via web e via dicendo, purché il contenuto raggiunga effettivamente tutti i destinatari appartenenti alla classe.
Specie in passato si è osservato che gli enormi costi della notificazione a carico degli attori potessero scoraggiare l'iniziativa giudiziale, ma oggigiorno questa problematica è avvertita con sempre minore urgenza, dal momento che l'avvento dei *mass media* ha indubbiamente reso più agevole la comunicazione e il coordinamento fra gli individui interessati, abbattendo costi e distanze fisiche.

[176] Di cui si è detto *retro*...

[177] Con la ben più drastica conseguenza dell'effetto preclusivo del giudicato (cd. *collateral estoppel* in ambito anglosassone*)* sulla proposizione di una futura azione, individuale o collettiva, avente il medesimo oggetto.

[178] Il sistema dell'*opt-out* è stato introdotto con la riforma del 1966 che ha segnato l'abbandono definitivo del precedente meccanismo di *opt-in* che riconosceva al singolo la libertà di aderire alla *class action* soltanto attraverso una positiva dichiarazione di partecipazione. Questo passaggio è sinteticamente descritto da BUXBAUM, op. cit., p.221: «the major procedural innovation of modern Rule 23 is its "opt-out" mechanism. In contrast to former Rule 23, which required absent plaintiffs affirmatively ro seek inclusion in a class, current Rule 23 provides that potential plaintiffs who receive notice of the action automatically become class members unless they affirmatively esclude themselves.», senza esimersi dal sottolineare la conseguenza benefica di un tale mutamento: «[…]This change virtually guaranteed that classes (and therefore potential damages awards) would be larger than under the former rule, and prompted a near - immediate increase in class litigation following its adoption in 1966». Peraltro, come osservano CONSOLO-BONA-BUZZELLI, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria,* IPSOA, 2008, p.6-22: «Questo sistema presenta l'indubbio vantaggio di non lasciare privi di tutela gli appartenenti alla classe rimasti all'oscuro della tutela collettiva intrapresa; al contempo, dovrebbe permettere al convenuto di chiudere tutte le sue pendenze in un solo giudizio oppure attraverso un'unica trattativa, in caso di esito conciliativo».
Nel previgente quadro normativo al contrario i membri della classe potevano concretamente attendere l'esito del giudizio per poi eventualmente decidere di beneficiare degli effetti della decisione. Circostanza giudicata con sfavore dal legislatore in quanto da un lato eccessivamente pregiudizievole per la certezza del diritto (non potendosi in anticipo prevedere la portata degli effetti del giudizio) e d'altra parte iniqua nei confronti delle stessi attori rappresentativi che affronterebbero invece da soli i costi umani ed economici della lite. Sembra dunque che sia prevalsa nell'intenzione del riformatore del 1966 l'idea di ispirare la disciplina dell'istituto all'opposto principio «No reward without risk», mutuando un'espressione adoperata in tutt'altro contesto.

La *Rule 23* non prevede al contrario per le tipologie (b)(1) e (b)(2) alcun obbligo di notifica, lasciando discrezionalità al giudice[179]. Pertanto in queste ipotesi coloro che rientrano nella definizione di *class*, così come certificata, saranno automaticamente vincolati dalla pronuncia finale senza facoltà di autoesclusione né diritto di essere a tal uopo informati mediante apposita *notice*. Proprio in ragione della natura obbligatoria che le contraddistinguono siffatte tipologie sono anche definite «*mandatory class actions*». Qui infatti si considerano prevalenti le esigenze di concentrazione e unitarietà del giudizio su quelle del *due process of law*, che è ad ogni modo ancorato al riconoscimento della facoltà di impugnare il giudicato collettivo provando l'inadeguatezza della rappresentanza o la sussistenza di un conflitto di interessi.

Si è così dato brevemente conto della peculiare elasticità del processo collettivo statunitense che fa perno sulla centralità del giudice, in grado di determinare, caso per caso, le modalità di svolgimento del processo e le misure più idonee affinché il procedimento non incorra in ritardi o mancanze, oltre a pronunciarsi su ogni eventuale questione procedurale che si manifesti nel corso della causa[180]. Si parla a tal proposito di "*managerial function"* per descrivere l'operatività e il modus agendi del giudice statunitense nel procedimento in esame[181].

---

[179] Si badi infatti che l'espressione adoperata dalla norma è «the court may direct» in contrapposizione alla ben più univoca «must direct» prevista con riferimento alla tipologia *sub* (b)(3). La differenza è sinteticamente esplicata da J.D. ALEXANDER, op. cit., p.25: « Under Rule 23, only (b)(3) actions require that class members be given notice and the opportunity to opt out of the class. The other categories do not specifically require either notice or the right to opt out of the class.The rationale is that in these categories, class treatment is a necessity. Since no one can be permitted to opt out and litigate separately for different treatment, there is no need for notice. This reasoning overlooks the fact that when class members cannot opt out and are forced to have their rights deter- mined as part of a class, there is still an important role for notice.»

[180] Ci si riferisce alle previsioni situate alla lettera (D)(1)(«*Conducting the Action»)* della Rule 23.

[181] Si è rilevato infatti che «la corte […] possa determinare, caso per caso, le modalità di svolgimento del processo ed adottare le misure idonee ad evitare inutili ripetizioni o complicazioni nella presentazione delle prove o delle difese. In pratica, la corte può adattare il processo alle peculiarità della controversia, scongiurando per questa via che le logiche e gli schemi, che governano la procedura nelle azioni individuali, possano di fatto ostacolare l'efficiente gestione della *class action»*. Si conclude eloquentemente che: «i poteri direttivi e discrezionali del giudice americano nelle controversie di classe sono sempre impressionanti, non solo con forte attenuazione del suo ruolo di neutralità e passività ricettiva proprio del modello processuale adversary, ma sopratutto con l'emergere di una vera e propria arte manageriale giudiziaria, circondata ed alimentata da una grande carica di credibilità socio-istituzionale». (CONSOLO, *'Class actions fuori dagli USA?' (Un'indagine*

4. La funzione propulsiva dell' "imprenditoria forense"

Come anticipato, la disciplina statunitense sulla *class acition* prevede che l'azione sia promossa da un attore "adeguatamente rappresentativo", un soggetto cioè che si faccia portavoce di un situazione di interesse analoga all'intera categoria a cui appartiene. In realtà questa ricostruzione trascura il macroscopico dato concreto a cui si è fatto riferimento *retro*[182], in base al quale difficilmente un individuo impiega le proprie risorse al fine di agire a tutela di soggetti con i quali non si ha alcun legame per puro spirito solidaristico e senza alcun rilevante incentivo in tale direzione. Di gran lunga prevalente, specie se il danno subito è tutto sommato di modesta entità (cd. small claims), risulterà il comportamento passivo ed apatico.

Consapevole di ciò, il sistema americano di fatto ricorre ad una finzione: sebbene infatti la causa sia oggettivamente strutturata secondo lo schema tipico del giudizio ordinario in cui è il singolo attore a nominare il proprio legale rappresentante, la realtà è ben diversa. In tale modello infatti è costui il vero protagonista dell'azione, specialmente nella fase propositiva[183].

---

preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima), in *Rivista di diritto civile,* 1993, p. 656.

[182] Capitolo I, §1.2.-1.3.

[183] A fare luce su questo aspetto è, con particolare incisività, CONSOLO-BONA-BUZZELLI, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria,* IPSOA, 2008, p.7-8: «La legittimazione alla proposizione della *class action*, dunque, *non* è rimessa dal modello statunitense, in senso restrittivo, nelle mani di associazioni o di altre figure consimili oppure di organi di natura pubblica […]: la fattispecie dell'attore collettivo è aperta a qualsiasi soggetto […], che, in quanto titolare di un interesse che presenta le stesse caratteristiche di quelli di altri individui, posa rappresentarli nel loro insieme. Ciò posto, è, però, evidente come sia ben difficile che un soggetto od uno sparuto numero di individui, sia per ragioni di disponibilità economiche e sia per un evidente difetto di *know-how,* siano in grado di avviare, con una qualche prospettiva di successo, un'azione di classe, creandone i presupposti e facendo da traino per tutta una serie di altri cittadini: infatti, l'instaurazione e la prosecuzione di una *class action* - soprattutto con riferimento ai casi di *mass tort* - richiede notevoli sforzi investigativi per delineare la responsabilità dei potenziali convenuti ed implica, per la sua gestione, ingenti investimenti, comportando altresì non pochi rischi. In altri termini, va sin d'ora debitamente sottolineato come siffatta impostazione […], unitamente ad altre sue peculiarità, comporti che in realtà i veri motori delle *class action* non siano i singoli cittadini colpiti da eventi plurioffensivi, bensì gli *studi legali*, eventualmente - ma non necessariamente - collegati ad associazioni rappresentative di determinate compagini sociali […] In altri termini, […] gli studi legali possono farsi direttamente carico di promuovere una *class action*, individuando a tale fine il soggetto che po faccia da *"class representative"».*

Generalmente sono le grosse *law firms* a "reclutare" di propria iniziativa il *class representative* e a finanziare la lite, assumendosi il rischio economico dell'iniziativa giudiziale. E' noto infatti che la professione forense oltreoceano si caratterizza per una marcata vocazione imprenditoriale[184]: gli avvocati si propongono quali indiscussi gestori della vicenda giudiziale collettiva poiché sono in concreto in grado di disporre di ingenti risorse al fine di anticipare tutte le spese necessarie, la cui entità risulta assai ingente e il più delle volte proibitiva per le parti occasionali, tanto più se ciascuna di esse non ha un interesse personale davvero elevato e tale da giustificare un'esposizione finanziaria personale. Non solo. Essi sono oltretutto, data la loro maggiore competenza professionale, gli unici soggetti capaci di compiere una prognosi di fondatezza della domanda (*fumus boni iuris)* in modo accurato e alla luce di ciò decidere se sia opportuno e conveniente investire nella lite.

Un siffatto meccanismo finisce complessivamente per attribuire ad un soggetto privato (l'avvocato o più propriamente la *law firm)* la tutela di interessi individuali di natura collettiva[185]. In tal modo egli diventa un soggetto investito del potere di perseguire un

[184] La dottrina parla in proposito di "*entrepreneurial attorneys"* per definire il ruolo e le funzioni atipiche che l'avvocato assume in simili ipotesi: «Plaintiffs' attorneys in class action occupy an uneasy place in the American legal system. The traditional image of the lawyer is of an independent professional providing advice and advocacy on behalf of a client. The attorney, in this view, is an agent of the client and subject to the client's control in all important matters. Plaintiffs' class action and derivative attorneys do not fit this mold. They are subject to only minimal monitoring by their ostensible "clients," who are either dispersed and disorganized. Accordingly, plaintiffs' class attorneys function essentially as entrepreneurs who bear a substantial amount of the litigation risk and exercise nearly plenary control over all important decisions in the lawsuit». E si prosegue ponendo in risalto le conseguenze che la mancanza di poteri di controllo diretti da parte della classe comporta: «The absence of client monitoring raises the specter that the entrepreneurial attorney will serve her own interest at the expense of the client. The existing regulatory system attempts to prevent such abuse and to reduce what have been termed "agency costs"-in three principal ways. First, it allocates certain elements of litigating authority to persons other than the plaintiffs' attorney-absent class members, representative plaintiffs, and the courts themselves. Second, it contains a number of special features ostensibly designed to weed out inappropriate representative plaintiffs. The representative plaintiff must assert claims that are typical of the claims being asserted, and must represent the class or corporation adequately. Third, plaintiffs' attorneys are subject to applicable rules of legal ethics that purport to constrain the attorneys' behavior in order to safeguard clients' interests» (MACEY e G.P. MILLER, '*The Plaintiffs' Attorney's Role …,* op. cit,, spec. p.7 ss.).

[185] Osserva D'ORTA, op. cit., p. 51 ss., operando un confronto tra professione forense così come concepita in Europa e negli USA: «Il legale statunitense è piuttosto asseverabile alla figura dell'imprenditore. Interviene sul mercato - il mercato dei giudizi di *class* - muovendosi con la spregiudicatezza degli operatori esperti nelle dinamiche imprenditoriali: 'imprenditore del diritto', *entrepreneurial bar*, interessato a drenare interessi soggettivi seriali e accorparli nella apposita *class* creando un tessuto connettivo che consente utili ragguardevoli.

interesse collettivo (cd. *«private attorney general»*) e al quale sono "appaltate" per così dire le funzioni di *law enforcement* e di deterrenza e repressione delle condotte illecite proprie della regolazione pubblica laddove questa si riveli inefficace e disfunzionale. A seconda della prospettiva adottata poi, si instaura una serrata dicotomia concettuale, terreno di scontro fra coloro che da un lato ne evidenziano la benefica funzione di "Lone Ranger" (letteralmente "cavaliere solitario"), intimamente animato dallo scopo di servire primariamente l'interesse pubblico e mosso, anche se non esclusivamente, da uno slancio idealistico o collettivo. In tal senso si ha come risultato un'armoniosa intersezione tra l'interesse personale e quello collettivo poiché ottenendo il risarcimento per i soggetti danneggiati, si arriva a soddisfare simultaneamente il proprio perseguimento di vantaggi e utilità economiche; e coloro che al contrario ne mettono in risalto i risvolti negativi di trasformazione dialettica nella ben più volgare figura del "bounty hunter" ("cacciatore di taglie"), il cui principale interesse è il perseguimento di un tornaconto personale, piuttosto che una genuina tensione di attuazione del diritto sostanziale e di finalità pubblica (come ad esempio l'accertamento e la repressione delle condotte illecite), che al limite può rappresentare un mero risvolto accidentale. Per costoro i campioni rappresentativi della classe costituiscono soltanto uno strumento di cui

---

[…] I grandi studi di professionisti d'oltreoceano tendono a strutturarsi come *holding* organizzate, *law firms* concepite con puro assetto imprenditoriale: i legali si propongono quali indiscussi gestori della vicenda dei giudizi di classe, interloquiscono con grandi contraddittori - imprese multinazionali o società quotate -, promuovono giudizi […]. *Societates* imprenditoriali che assumono, senza intermediazioni, la tutela dei soggetti portatori di diritti seriali offrendo la propria opera professionale talvolta neanche forniti, nelle fasi iniziali, di mandato espresso: si attivano in proprio, in via preventiva, accollandosi gli oneri economici di ogni iniziativa, utile e necessaria, a 'incardinare' il giudizio di classe. Così che, verificata la rilevanza giuridica della questione seriale, effettuata una valutazione dei rischi e dei costi di causa, supposto con attendibilità prossima all'esattezza il margine dei ritorni economici, i *class counsels* individuano i soggetti accorpabili in *class* e, disegnata questa, all'interno, selezionano i *representatives* su cui incomberà richiedere la necessaria *certification.»* L'Autore poi prosegue evidenziando la natura ambivalente di tale meccanismo sotto il profilo dei benefici: «Questa frase pre-giudiziale, la scelta dei *class representatives* per iniziativa, in regime monopolistico, degli avvocati configura quel singolare meccanismo che, a seguire i sostenitori del meccanismo, pregia di positività la vicenda di *class*, e viceversa, a seguire i detrattori, comunque i critici, corrisponde al vero momento di debolezza del sistema. […] D'altronde verificare la legittimità dell'operato dei legali è onere del giudice: incombe su costui svolgere i controlli circa l'*adequacy of representation* del pool di legali. Questo il vero *hard fact* del giudizio di *class».*

servirsi per raggiungere i propri scopi, una sorta di "hired guns" (mercenari) appositamente selezionati quale biglietto d'accesso alla potenzialmente assai redditizia controversia[186].

[186] «The *private attorney general* is someone who sues "to vindicate the public interest" by representing collectively those who individually could not afford the costs of litigation. […] The class attorneys function in a manner strikingly parallel to the Old West's *bounty hunters*: as a reward for their efforts in ferreting out illegal corporate behavior, these private advocates receive substantial attorneys' fees, either negotiated as part of a settlement or awarded by a court after judgment. Thus, as was the case with the Old West's bounty hunters, the pursuit of private gain motivates private individuals to expose illegal activity, thereby supposedly furthering the broader public interest in having the corporate world adhere to the broad behavioral proscriptions set by governmental authorities. Today, as recent decisions on the award of attorneys' fees have clearly shown, courts have come to accept "the view of the lawyer as a calculating entrepreneur regulated by calculating judges." Much can hang on the choice of words, and the phrase "private attorney general" is as value-loaded in an affirmative sense as the term "bounty hunter" is in a negative one. Both terms, however, represent only different sides of the same legal coin». (Così COFFEE JR., '*Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working',* in *Maryland Law Review,* 1983, p. 215 ss.). E ancora, ponendola in risalto quale caratteristica peculiare dell'ordinamento statunitense: «Because most class members typically never learn of the action's pendency, they have no realistic means by which to escape. To the extent that (1) the attorney controls the litigation, (2) the client has a largely nominal role, and (3) the attorney is seeking to enforce a regulatory statute (such as the federal antitrust, environmental, or securities law), the private attorney is taking on a public role and acting as a quasi public servant. Such a plaintiff's attorney can be called a modern day "*bounty hunter*" or, more politely, a "*private attorney general*". Whatever the name used, this attorney is a private actor, wielding a degree of public power, but motivated by powerful economic incentives, and yet subject to only limited accountability. […] In the standard U.S. legal shorthand, the plaintiff's attorney pursuing a class representation is deemed a "private attorney general", who necessarily supplements public enforcement (and also provides a safeguard against the "capture" or compromise of public enforcers). This idea evolved in unison with the modern class action». Senza tacere i risvolti negativi a cui un siffatto meccanismo può condurre: «Attractive and idealistic as the private attorney general concept may sound, it has a darker side. Ideally, the private attorney general should perform as a heroic Lone Ranger, who motivated by profit, rescues clients who cannot sue on their own. In reality, however, a single private attorney general seldom appears to rescue the aggrieved client; rather a surplus of private enforcers appears, and to achieve a settlement, all or most of these volunteers must be paid for their largely superfluous services. The result is confusion, delay, and excess costs.» (ID, *Entrepreneurial Litigation: Its Rise, Fall, and Future*, Harvard University Press, 2015)

4.1. La dinamica *principal-agent* e i costi di agenzia

Come ogni soggetto che agisce sul mercato anche l'avvocato tende naturalmente a massimizzare il proprio guadagno: ciò determina problemi di allineamento tra i suoi interessi e quelli delle persone per conto delle quali agisce. La principale conseguenza del modello di *private attorney general* di tipo imprenditoriale è il rischio del prodursi di elevati cd. «costi di agenzia» («agency costs») a carico dei componenti della classe nonché l'insorgere di margini per pratiche abusive e opportunistiche[187].

La relazione agente-principale è definita come «un contratto in base al quale una o più persone (principale) obbliga un'altra persona (agente) a ricoprire per suo conto una data mansione, che implica una delega di potere all'agente»[188]. Tale definizione comprende

[187] Tali costi sono quindi dovuti al comportamento opportunistico delle parti, che tendono a massimizzare la propria utilità. In particolare la principale causa di disallineamento degli interessi è riconducibile alla presenza di forti asimmetrie informative a favore dell'agente, in quanto esso è sicuramente a conoscenza di un maggior numero di informazioni rispetto al principale sul ruolo da svolgere, e può sfruttare queste asimmetrie informative tenendo comportamenti opportunistici.: uno *ex ante* detto "selezione inversa" ("*adverse selection*"), l'altro *ex post* detto "azzardo morale" ("*moral hazard*"). Il primo individua la situazione in cui una variazione delle condizioni di un contratto provoca una selezione dei contraenti sfavorevole per la parte che ha modificato, a suo vantaggio, le condizioni. In tal caso l'agente, facendo leva sull'a fornirà al principale informazioni erronee o incomplete sulle proprie capacità e competenze per farsi assumere: «I clienti infatti non sono in grado di giudicare la qualità del servizio. I servizi legali sono nella letteratura giuseconomica indicati come *credence goods*, ovvero beni le cui caratteristiche e qualità, data la loro natura tecnica, possono essere valutate solo affrontando elevati costi transattivi in termini di acquisizione delle informazioni. Sicché la scelta del consumatore si fonda principalmente sulla fiducia nel soggetto erogatore del servizio stesso. Ne risulta che i clienti sono meno propensi a pagare prezzi alti per questi servizi. Sorge così il noto problema della *adverse selection*, conosciuto altresì con le espressioni *race to the bottom* o *lemons market*, secondo il quale, in ipotesi di opacità del mercato sulle informazioni sul servizio reso, i prestatori di *high-quality / high-costs services* risultano fortemente penalizzati a vantaggio degli erogatori di servizi scadenti» (Così LUCANTONI, '*Un ruolo "trainante" per gli studi legali?',* in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2008, p. 83-104). Il *moral hazard* invece sorge in una fase post-contrattuale e fa riferimento alla tendenza di un soggetto di addossare interamente i rischi della sua condotta nella sfera altrui, facendo leva sulla mancanza di un adeguato sistema di controllo. Tale ultimo concetto è stato coniato nel settore delle assicurazioni, dove gli assicurati tendono a modificare il loro comportamento riducendo la prudenza necessaria per evitare o minimizzare le perdite, rendendo così, di fatto, più elevati i rimborsi o pagamenti richiesti Si versa in tale ipotesi anche nell'ambito dei fallimenti di mercato dei servizi professionali che «spingerebbe i professionisti che abbiano ottenuto incarichi di difesa a sopravvalutare la qualità e la quantità del servizio, facendo lievitare i costi delle prestazioni» (*ibidem*, p.88).

[188] Così viene definita nel fondamentale contributo di Michael Jensen e William Meckling ('*Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*', in *Journal of Financial Economics*, 1976, p.305-360) all'analisi moderna di tale teoria economica, che raccoglie, rielaborando e ulteriormente

qualsiasi relazione tra due individui, in cui uno dei due delega parte del proprio potere all'altro. Pertanto anche il rapporto che lega l'avvocato al proprio cliente può essere ricondotto a tale modello. Un siffatto modello muove dall'assunto che i comportamenti opportunistici dell'agente, e quindi i conseguenti costi che gravano sul principale, non siano del tutto eliminabili ma al più riducibili.

La teoria economica individua nell'ambito del contenzioso tradizionale di carattere individuale due principali mezzi per ridurre tali costi: da un lato l'attività di monitoraggio e sorveglianza da parte del soggetto delegante, dall'altra la predisposizione di meccanismi incentivanti per orientare il comportamento dell'agente minimizzandone i comportamenti opportunistici e in definitiva riallineandone gli interessi a quelli del principale.

La tradizionale immagine dell'avvocato corrisponde a quella di un professionista indipendente che offre prestazioni di consulenza e difesa in giudizio in nome e per conto di un cliente ("*principal")*. In quest'ottica l'avvocato assume il ruolo di soggetto rappresentante ("*agent*") di interessi altrui e per queste ragioni soggiace a penetranti poteri di controllo del cliente per il quale agisce nel corso di tutte le fasi del procedimento e in modo ancor più marcato al sorgere delle decisioni cruciali per il suo andamento. Difficilmente però la parte rappresentata dispone degli elementi conoscitivi sufficienti a valutare consapevolmente la complessità dell'andamento processuale e delle singole azioni e strategie intraprese nel corso dello stesso dall'avvocato. Piuttosto sarà in grado di giudicare il suo operato complessivo in relazione all'esito finale della vicenda giudiziale. L'avvocato in sostanza gode di ampi margini di discrezionalità nella conduzione della causa, essendo vincolato esclusivamente ad obbligazioni cd. di mezzi, e non di risultato. Certamente l'avvocato ha l'obbligo di osservare le norme etiche e di correttezza professionale contenute nei codici deontologici forensi, i quali vietano il compimento di pratiche abusive, vessatorie o meramente dilatorie e impongono in generale di svolgere il proprio compito con diligenza, competenza e riservatezza nonché di astenersi dal prestare attività professionale quando questa possa

---

sviluppando, l'eredità degli studi inaugurati da Ronald Coase (in particolare *'The Problem of Social Cost',* in *The Journal of Law & Economics*, 1960).

determinare un conflitto con gli interessi della parte assistita. Fra le altre cose, egli si impegna anche a tenere il cliente ragionevolmente informato sullo stato della vicenda giudiziale ed ovviamente metterlo il più possibile nella condizione di potersi esprimere consapevolmente riguardo gli snodi fondamentali e le decisioni chiave da assumere nel corso del procedimento[189]. Presidio decisivo della tutela della parte rappresentata è costituito infine dalla facoltà del cliente di porre fine drasticamente al rapporto, potendo egli revocare in qualsiasi momento il mandato conferito al legale.

Nell'ambito della *class action* il profilo relativo alla mancanza di un'adeguata attività di controllo è ancor più accentuato dalle fisiologiche dinamiche di dispersione e difficoltà di organizzazione e coordinamento dei singoli componenti del gruppo che la caratterizzano[190]. Il *lead counsel* peraltro può operare senza bisogno di ricevere dai componenti della classe un formale ed esplicito mandato se non da uno di loro (il *class representative)*, a condizione che non emergano specifici conflitti d'interesse e che i titolari di tali diritti siano compiutamente informati dell'iniziativa e abbiano la possibilità di sottrarsi ai suoi effetti attivandosi a costi minimali entro congrui margini di tempo (cd. *opt-out*). Con lo scopo ultimo di favorire l'accesso alla giustizia si consente in sostanza la deduzione in giudizio di diritti individuali senza alcuno specifico mandato da parte dei loro titolari. Spesso, addirittura, si assiste alla totale inconsapevolezza della pendenza della lite da parte dei membri della classe assenti in giudizio: posto che la *Rule 23* infatti permette di trasformare i soggetti individualmente danneggiati in membri della classe unicamente sul fondamento della mancanza di un'esplicita autoesclusione anziché di una manifestazione affermativa di adesione al giudizio, essa virtualmente favorisce la creazione di un gruppo in cui di fatto la maggior parte dei membri

[189] Più precisamente si intende qui far riferimento alle norme deontologiche sancite dalle '*Model Rules of Professional Conduct'* redatte dall'American Bar Association (ABA) e in particolare alla sezione «*Client-Lawyer Relationship»* (Rule 1.1 - 1.18)

[190] Rafforzare l'attività di monitoraggio mediante una più pervasiva informazione ai membri, fornendo loro cioè la possibilità di influire concretamente sull'andamento del giudizio, appare spesso impraticabile a causa degli elevati costi di comunicazione e coordinamento del processo deliberativo che la dispersione della classe in svariate aree territoriali inevitabilmente comporterebbe.

non solo non ha consentito all'iniziativa, bensì addirittura è completamente all'oscuro della medesima[191].

Tale aspetto produce come immediato risvolto la carenza, o quanto meno la difficoltà, di esercitare poteri di monitoraggio efficace del giudizio. Il rischio infatti è che essi rimangano silenti fino al momento irreversibile della definizione della lite ad essi sfavorevole, il più delle volte mediante un'accordo conciliativo "collusivo" fra gli avvocati della classe e quelli della controparte responsabile dell'illecito. Anche laddove il singolo membro sia preventivamente consapevole della pendenza del giudizio, risulta impensabile che egli possa da solo esercitare un'influenza decisiva sull'azione del *lead counsel* dal momento che costui deve in linea di massima agire a beneficio della classe intera[192], e pertanto non è affatto obbligato ad assecondare richieste unilaterali di uno qualsiasi dei membri qualora queste divergano significativamente dalla strategia ottimale prescelta per la gestione del contenzioso[193]. Se a questo profilo si sommano ulteriormente le considerazioni circa le dinamiche opportunistiche che orientano la volontà dei singoli membri[194], ben si comprende come gli avvocati possano operare pressoché svincolati dalle tradizionali forme di controllo del client.

---

[191] Sentenzia così REDISH, '*Class Actions and the Democratic Difficulty: Rethinking the Intersection of Private Litigation and Public Goals*', in *University of Chicago Legal Forum*, 2003, p. 71 ss.: «The upshot of this process, then, is that quite probably numerous plaintiffs-the individuals in whom the cause of action has been vested in the first place-are made members of the class without the slightest awareness of the suit. Many people probably aren't aware of this but, under current rules, you may already be part of a class-action lawsuit and not even know it .... Such suits are like those record and book clubs your parents warned you about-until you say stop, you are automatically included as a member.»

[192] Recita solennemente in proposito la Rule 23(G)(4): «Class counsel must *fairly and adequately* represent the interests of the class».

[193] Del tutto persuasive sono in proposito le considerazioni svolte da GIUSSANI, ult.op.cit., p.87: «quanto meno l'incaricante è in grado di controllare la qualità dell'operato svolto in suo favore dall'incaricato, tanto più è probabile che si producano conseguenze allocative inefficienti.[…] Nel contrasto dell'azione collettiva a tutela di diritti individuali omogenei l'esigenza di controllare che l'operato del difensore tecnico sia fedele agli interessi dei componenti passivi del gruppo si accentua esponenzialmente, perché questi ultimi non hanno con lui alcun rapporto diretto, e inoltre il loro personale interesse nella causa ha spesso un valore talmente esiguo da non giustificare comunque alcuna attività di monitoraggio». Si tratta in sostanza, al pari della dinamica del *free rider* precedentemente analizzata, di un altro tradizionale caso di fallimento del mercato che conduce inevitabilmente ad una allocazione subottimale delle risorse

[194] Che spesso, come visto *retro,* agiscono attenendosi al modello socio-economico del *free riding.*

4.2. Incentivi economici d'oltreoceano: tra luci e ombre

L'inefficacia dell'attività di "*client monitoring*" nei giudizi collettivi trova poi ulteriormente riscontro nella riduzione dei margini di instaurazione di validi meccanismi di incentivazione al riallineamento degli interessi, quale alternativo metodo di superamento dei costi di agenzia. La natura del conflitto di interessi varia in particolare in dipendenza del tipo di procedimento adottato per la determinazione del compenso dell'avvocato[195].

Preliminarmente va detto che negli USA gli onorari in linea generale gravano sul cliente e sono preventivamente determinati mediante la stipulazione negoziata di un «patto di quota-lite» in modo percentuale o proporzionale al risultato ottenuto[196]. Nell'ambito delle *class actions* tuttavia, il rapporto fra l'avvocato e la classe non presuppone un accordo contrattuale. Opera un meccanismo fittizio denominato «*common fund doctrine»* in base al quale gli onorari sono discrezionalmente determinati dal giudice e contestualmente distratti dal risarcimento globalmente attribuito alla classe vittoriosa[197]. Il principio ivi sotteso è che

[195] Il nucleo centrale di tale conflitto è ben delineato da J.D. ALEXANDER, op. cit., p. 17: «[…] no one in the class has a large enough stake to justify the costs in time and money needed to be informed about the case, to monitor the conduct of the lawyer, and to make important litigation strategy decisions as clients do in ordinary cases. In fact, courts recognize that the class representatives cannot be expected to be knowledge- able about the case, or to take an active role in managing the litigation. Courts often brush aside defendants' objections that the named plaintiffs do not meet the adequacy requirement because they are not familiar with the legal theories of the case or their obligations as a class representative. These shortcomings are deemed irrelevant because it is the lawyers for the class who will actually be running the litigation and representing the interests of the class. If the lawyers are competent and experienced, the class will be adequately represented. But the lawyers for the class have their own economic interests in the case, and these may not coincide with the interests of the class. The class's interest is to maximize the net recovery – the final settlement or judgment, less litigation expenses and attorney's fees, discounted for the time that must elapse before the money is distributed to the class. The class counsel's economic interest is in maximizing their effective hourly fee – that is, the fee that is eventually obtained divided by the number of hours worked on the case, and also appropriately discounted for the time elapsed before the fee is collected. It is easy to see that these interests may often be in opposition».

[196] Si tratta, in breve, di un sistema fondato sulla concezione della prestazione professionale dell'avvocato in termini di obbligazione *risultato,* e non *di mezzi (*per la quale invece il professionista ha diritto ad essere pagato per l'attività svolta).

[197] Secondo la comune definizione del concetto si tratta di un fondo monetario ottenuto dall'attore (o molto più spesso dal suo legale rappresentante) a beneficio di un soggetto collettivo, dal quale egli può attingere un compenso per l'opera svolta. Più in particolare il suo contenuto è enunciato nella sentenza '*In Re Chewning & Frey Security, Inc.'*, 328 B.R. 899 (Bankr. N.D. Ga. 2005): «(The) *common fund doctrine* (is) an exception to the rule that each party bears its own legal fees and expenses. [T]he doctrine holds that a litigant or lawyer who

tutto coloro che beneficiano del "fondo comune" devono contribuire al compenso del legale rappresentante pur in mancanza di un preesistente rapporto contrattuale. Nel processo di determinazione dell'ammontare del compenso, l'organo giurisdizionale assume un ruolo fiduciario per conto della classe. Si tratta infatti di contemperare interessi economici contrapposti dato che l'entità delle somme liquidate agli avvocati sono direttamente proporzionali alla riduzione del corrispettivo risarcimento spettante alla classe pregiudicata. Storicamente le corti statunitensi hanno adottato due metodi di determinazione degli onorari legali: da un lato il metodo cd. «*lodestar*» (o *«hourly fee»)* che ricollega la retribuzione dell'avvocato al tempo dedicato alla controversia, indipendentemente dal risultato raggiunto, col rischio tuttavia di dar luogo ad atteggiamenti abusivi tesi all'artificioso prolungamento del processo[198]; dall'altro il cd. «*contigent fee»* (o «*percentage of fund»*) nel quale il giudice assegna il compenso determinato in forma percentuale rispetto al risarcimento complessivamente comminato al soccombente[199]. Tale ultima forma si è affermata nel corso

---

recovers a common fund for the benefit of persons other than himself or his client is entitled to a reasonable attorney's fee from the fund as a whole. Thus, the party who labors to create, preserve, protect, or increase a fund receives compensation for its efforts directly from the fund, thereby spreading the cost of litigation proportionately among all beneficiaries of such litigation. […] This is an equitable doctrine, and is usually justified on the ground that it prevents unjust enrichment of the non-litigants, who have taken a free ride on the trailblazer's efforts».

[198] Così osserva la dottrina americana evidenziando gli svantaggi di tale metodo e le ragioni della preferenza per l'approccio alternativo: «In "common fund" cases, where the plaintiffs' attorney generates a fund for the benefit of the class, the majority of American courts award fees out of the fund based on the lodestar calculation. Under this approach, the hours reasonably expended by the lawyer are multiplied by the lawyer's reasonable hourly fee to calculate a lodestar. The lodestar is then adjusted by a multiplier to account for a variety of factors including, most significantly, the risk of the litigation. Attorneys in these cases thus have an incentive to run up excessive hours, delay the litigation unnecessarily, or even to exaggerate the number of hours expended in order to obtain a larger fee. Plaintiffs' attorneys may also wish to settle for a relatively low sum on the eve of trial, knowing that in so doing they obtain most of the benefits they can expect from the litigation while eliminating their downside risk» (MACEY e G.P. MILLER, op. cit., p.22-23)

[199] Più precisamente si intende qui far riferimento alle norme deontologiche sancite dalle '*Model Rules of Professional Conduct'* redatte dall'American Bar Association (ABA). Sebbene infatti la determinazione del compenso professionale degli avvocati sia rimesso alla libertà contrattuale delle parti (e possa essere peraltro stabilita in maniera fissa), tali norme pongono dei limiti di massima: in particolare il compenso deve essere stabilito secondo i parametri della proporzionalità e ragionevolezza in base ad alcuni elementi che influenzano l'esatta determinazione dell'ammontare, quali ad esempio il tempo dedicato, la difficoltà e il valore della lite, l'esperienza professionale maturata e il risultato ottenuto. Per completezza si riporta il testo integrale della della sezione «*Client-Lawyer Relationship»* della Rule 1.5 rubricata «*Fees»:*

del tempo come il sistema di determinazione del compenso in assoluto dominante e standardizzato nei giudizi di responsabilità civile nella sua specifica declinazione, anche detta «*No win no fee»,* in base al quale il percepimento dell'onorario da parte del legale è subordinato direttamente all'esito della lite, giudiziale o stragiudiziale, favorevole alla parte rappresentata. Nessun compenso è, invece, previsto in caso di soccombenza della classe. In teoria i parametri di cui tenere conto nella concreta liquidazione delle somme sono molteplici e dipendono ad esempio dalla valutazione dello sforzo profuso dall'avvocato (più modesta laddove si tratti di una delle tante azioni seriali gestite indipendentemente dal medesimo innanzi a diverse giurisdizioni); dalla dimensione assoluta del fondo, e dalla realizzazione di funzioni positive ulteriori prodotte dall'azione (ad esempio la deterrenza di condotte imprenditoriali vessatorie e più in generale l'induzione di un intervento legislativo in materia). In pratica tuttavia è più agevole per i giudici basarsi su standard fissi che in genere si aggirano intorno a circa il 30% del fondo monetario prodotto dall'accoglimento dell'azione di classe. L'entità concreta del compenso è poi, come evidente, strettamente commisurata all'ammontare complessivo di quanto viene risarcito all'intera classe e dunque all'estensione effettiva della medesima così come certificata dal giudice. Conseguentemente gli avvocati hanno tutto l'interesse a forzare quanto più possibile l'allargamento dei prerequisiti di appartenenza alla classe di riferimento, anche a costo di una più rilevante eterogeneità tra le pretese rivendicate da ciascun singolo danneggiato in essa incluso.

(a) A lawyer shall not make an agreement for, charge, or collect an unreasonable fee or an unreasonable amount for expenses. The factors to be considered in determining the reasonableness of a fee include the following:
(1) the time and labor required, the novelty and difficulty of the questions involved, and the skill requisite to perform the legal service properly;
(2) the likelihood, if apparent to the client, that the acceptance of the particular employment will preclude other employment by the lawyer;
(3) the fee customarily charged in the locality for similar legal services;
(4) the amount involved and the results obtained;
(5) the time limitations imposed by the client or by the circumstances;
(6) the nature and length of the professional relationship with the client;
(7) the experience, reputation, and ability of the lawyer or lawyers performing the services; and
(8) whether the fee is fixed or contingent.

La *ratio* di un simile approccio è presto detta: da un lato esso si rivela un formidabile mezzo di finanziamento della lite collettiva, dal momento che in mancanza di un soggetto (la *law firm)* in grado di farsi carico preventivamente di tutte le spese, nessun componente passivo della classe troverebbe razionale intraprendere l'azione; dall'altra parte esso costituisce il principale incentivo economico per gli avvocati ad allineare i propri interessi con quelli della classe medesima[200].

L'altro elemento cruciale nel finanziamento della lite è rappresentato dalla regola di ripartizione delle spese processuali vigente nell'ordinamento statunitense (anche detta «*American rule*» [201]) in base al quale ciascuna parte sostiene i costi provocati indipendentemente dall'esito della controversia. Nessun avvocato infatti correrebbe il rischio di mettere non solo a repentaglio *sic et simpliciter* la prospettiva astratta di guadagno, ma addirittura di dover rimborsare la controparte degli ingenti costi processuali e di patrocinio legale connessi ad una lite collettiva di dimensioni assai rilevanti. Con l'effetto conseguente di scoraggiare l'iniziativa stessa, o magari, di consentire a quelle poche *law firms* dotate di potenza economica adeguata di avere gioco facile nell'ottenere un enorme compenso futuro a

[200] Per le considerazioni d'insieme sul punto si rimanda a GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile,* op. cit., p.45: «Una più efficiente configurazione degli incentivi può invece discendere dalla disciplina dell'azione collettiva a tutela di diritti individuali omogenei, laddove si contempli che alla produzione di effetti di giudicato nei confronti dei loro titolari si correli una disciplina delle spese in cui si preveda l'attribuzione a carico del convenuto, in caso di soccombenza, di onorari distraibili direttamente dal difensore tecnico, determinati in applicazione del tariffario forense e ulteriormente incrementati in ragione dell'ampiezza soggettiva del gruppo tutelato. Questo sistema, infatti, rende determinante il conseguimento della sentenza favorevole, e conseguentemente la valutazione di apparenza di fondatezza della domanda, favorendo l'ottimalità dell'allocazione delle risorse giurisdizionali, la deterrenza delle condotte illecite in ragione della diffusività del danno che potrebbero provocare, nonché l'effettività dell'accesso alla giustizia dei componenti del gruppo, per i quali la sentenza favorevole può essere direttamente utilizzata ai fini del conseguimento delle somme a loro spettanti. […] È chiaro che con questo meccanismo l'avvocato assume di fatto su di sé il rischio economico dell'esito del contenzioso: è lui stesso ad avere interesse a reclutare un componente del gruppo per il ruolo di campione rappresentativo, e in un sistema di tariffe forensi liberalizzate la competizione fra più avvocati per il reclutamento del campione può implicare che a quest'ultimo si offra la difesa al costo minimo (o addirittura, se la legge non lo vieta espressamente, può darsi che il cliente venga addirittura retribuito dal suo difensore; in presenza di divieti, può anche darsi che ciò accada di fatto comunque) […]».

[201] Contrapposta come già visto alla regola "loser-pays" (denominata anche "British rule" dalla dottrina nordamericana) prevalentemente adottata negli ordinamenti di civil law.

scapito dei singoli danneggiati destinati alle eventuali briciole residue[202]. L'altro rilevante inconveniente di una simile cornice normativa è il drastico abbassamento della soglia di valutazione critica della apparente fondatezza dell'azione da parte degli operatori forensi[203]: spesso infatti è dato assistere alla proposizione di casi non meritevoli di tutela (cd. "*frivolous"* o "*non-meritorious" claims»[204]),* privi cioè di reale probabilità di successo nel merito e esclusivamente tesi a lucrare compensi derivanti da una soluzione conciliativa della controversia, posto che i convenuti sono propensi a eliminare in radice i costi ed il rischio, seppur remoto, connesso ad un esito giudiziale sfavorevole. In definitiva questo tipo di azione "predatoria" si rivela un formidabile veicolo di arricchimento per gli avvocati, e un assai meno efficace dispositivo risarcitorio per le vittime di un illecito plurioffensivo e neppure come strumento di rafforzamento del sistema sotto il profilo della deterrenza delle condotte abusive future. Per tale via si producono effetti non trascurabili di sottodeterrenza e

[202] A tal proposito si rileva puntualmente: «Many people believe that if the "*loser-pays"* rule applied, it would be difficult to bring class actions. The plaintiffs themselves could almost never afford to become representative plaintiffs if they had to face the possibility that they might be individually responsible for paying the expensive lawyers of the corporate defendant. Therefore, the lawyers for the class would have to be the responsible parties. This additional financial risk (and note that the other side would have the power to increase the stakes by spending more on defense) would reduce the number of firms that could afford to do plaintiffs' class action work, thus reducing the supply of class action lawyers as well as competition among them. Those who did have the economic power to take on the risk would insist on a higher return, thus lessening the recovery that would go to class members.» (J.D. ALEXANDER, op. cit., p.12)

[203] Opportune le considerazioni d'insieme sul punto di GIUSSANI, '*Azioni collettive risarcitorie nel processo civile',* op. cit., p.135: «la circostanza che l'attore non risponda delle spese avversarie in caso di soccombenza produce gli effetti distorsivi dell'allocazione delle risorse giurisdizionali menzionati a suo tempo: per l'attore si rende relativamente meno rilevante l'esame dell'apparenza di fondatezza della domanda ai fini della decisione di agire in giudizio. L'idea di riprendere questa regola ai fini della disciplina dell'azione collettiva è assai diffusa, ma ciò non impedisce che di essa debba darsi – come accade a proposito dell'opzione in favore dei meccanismi di adesione in luogo di quelli di recesso individuale – una valutazione critica sul piano dell'efficienza (e quindi della correttezza tecnica). […]».

[204] Esprime bene il concetto HENSLER, op. cit., p. 79: «The role of plaintiff attorneys in damage class actions has long attracted scrutiny. The central fear of critics is that these attorneys, unregulated in any real way by clients, and subject to the attractions of large fee awards, will fail to prosecute claims fully and will agree to settlements that better serve their own interests—and the defendants who should be their adversaries—than those of class members. A related fear is that if plaintiff attorneys secure settlements that are financially attractive without having to engage in serious investigation and vigorous prosecution of their claims, then, over the long run, they will bring increasing numbers of *nonmeritorious suits*, knowing they are likely to benefit from them. Over the long run, a process that encourages and rewards filing nonmeritorious suits and that permits settlement of meritorious suits for less than their true value will undercut the potential deterrence value of litigation and bring the legal system into disrepute».

allocazione inefficiente delle risorse di cui fanno le spese in ultima analisi proprio i componenti della classe danneggiata in veste di consumatori, sui quali ricade infatti la maggiorazione del costo dei prodotti in uscita alla quale inevitabilmente ricorreranno le imprese in via cautelativa per colmare le spese dovute al contenzioso[205].

Alla luce di quanto evidenziato non stupisce che, in misura sempre maggiore nel corso delle ultime decadi, la prospettiva di lauti compensi abbia contribuito alla formazione di una classe forense di stampo imprenditoriale specializzata in questo tipo di controversie[206]. Gli studi legali ad essa annoverabili vanno, come anticipato, alla ricerca di gruppi di vittime di

[205] HENSLER, op. cit., p.121: «Exposure to liability (combined with market forces and regulation) should cause manufacturers to invest in making safer products, the cost of which will be passed on in the form of higher prices to the consumers who benefit from the improvements. If defendants pay large amounts to settle claims of individuals whose injuries were most likely *not* caused by the defendants' products, then these costs as well are passed on to consumers who end up paying higher prices for products than they should. If the manufacturer cannot design a product whose benefits to consumers outweigh the risks, or that cannot be properly labeled so that consumers can decide whether to use it, then consumers do not want that product on the market. But if defendants come to believe that certain products are likely to lead to expensive litigation, without regard to scientific evidence indicating whether plaintiffs' injuries were caused by their use of that product, then good products may be kept off the market and consumers lose again. Ultimately, if the legal system does not properly distinguish between safe and unsafe products, the legal system's ability to deter bad products and practices is also lost».

[206] Osserva in proposito CONSOLO-BONA-BUZZELLI, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria,* IPSOA, 2008, p.7-8 ponendo in risalto anche i risvolti "sociali" di una simile tendenza «Atteso che il modello della *class action* annovera ormai una storia ultrasecolare, non v'è da stupirsi che molti studi legali abbian acquisito una notevole esperienza sul campo e siano divenuti autentiche fucine di azioni di classe. Né ciò va interpretato in senso negativo: gli studi legali, che hanno fatto della *class action* la loro specializzazione, investono continuamente notevoli risorse nella ricerca di illeciti di massa e indubbiamente contribuiscono alla realizzazione dell'obiettivo più nobile della professione forense: la promozione e la tutela dei diritti degli individui». E prosegue ridimensionando le cautele mostrate da diversi critici di una siffatta impostazione: «E' chiaro che a tale fine gli avvocati vanno alla ricerca dei casi, ma vi è da domandarsi quanto ciò incida negativamente sulla tutela dei diritti delle persone. […] Sotto certi profili. gli studi legali, […] si rivelano essere i soggetti più idonei, proprio quanto ad organizzazione e risorse, a contrapporsi ai grandi gruppi imprenditoriali, capaci di resistere, con stormi di avvocati e consulenti, a qualsiasi tipo di giudizio.», avvalendosi peraltro di un sempre attuale scritto di COFFEE JR., '*The regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action',* in *University of Chicago Law Review,* 1987, p.900, rispetto alla legittimità della deroga al noto divieto di solicitation (o accaparramento) alla luce della peculiare dinamica del contenzioso seriale: «solicitation is common entrepreneurial litigation, where the socially desirable role of the lawyer is to aggregate claims that are by themselves unmarketable. Often, clients are simply unaware that they possess actionable claims. Thus, attorneys must pursue clients, since the clients will not ordinarily come to the attorneys. The traditional prohibition on client solicitation embodied the twin fears that clients retained through unsolicited legal advice would be overcharged and underrepresented. These dangers are not imaginary, but the relevant question about them is: dangerous compared to what? Clients who never learn of their legal rights receive even less representation and are economically worse off».

illeciti seriali sprovvisti di rappresentanza e all'individuazione di un campione individuale di cui servirsi come grimaldello per l'incardinamento di una lite che goda di un notevole potenziale finanziario[207]. E' chiaro quindi che nell'ambito di azioni collettiva di enormi dimensioni l'esigenza di controllare che l'operato del rappresentante legale sia "fedele" agli interessi dei componenti passivi della classe si accentua notevolmente, perché, come visto, costoro non hanno con lui alcun rapporto diretto. A questo aspetto si affianca l'altro tratto caratteristico del contenzioso seriale, per cui l'interesse personale di ciascun danneggiato nella causa ha per lo più un valore talmente esiguo da non giustificare alcuna autorevole attività di monitoraggio, prevalendo piuttosto un atteggiamento di disinteresse diffuso.

Si è osservato che un valido antidoto ai conflitti di interesse sia rappresentato da un meccanismo che ricollega l'incremento della retribuzione del difensore all'accoglimento della domanda, che ha l'ulteriore vantaggio di incrementare la valutazione di fondatezza della domanda ai fini della decisione di agire in giudizio, dal momento che i legali, in qualità di finanziatori "occulti" dell'azione, saranno indotti a ponderare a fondo l'opportunità dell'esercizio dell'azione, potendo essi subire grosse perdite economiche in caso di soccombenza.

[207] Per porre in risalto i risvolti più deplorevoli di un siffatto sistema fondato su una classe forense imprenditoriale viene talvolta agitato come spauracchio l'espressione «*predatory litigation*», con riferimento all'imporsi di un atteggiamento sovente spregiudicato e opportunistico degli studi legali in netta contrapposizione alle funzioni di carattere pubblico e ai benefici socialmente rilevanti in astratto discendenti dalla proposizione di un'azione collettiva.

5. L'esito conciliativo e il rischio delle pratiche abusive

Gli aspetti critici e le potenzialità eversive di un tale complesso assetto regolatorio emergono con particolare chiarezza nell'ambito dei cd. «*class action settlements*». L'ampia esperienza americana infatti dimostra che l'assunzione dell'elevato rischio d'impresa da parte degli studi legali li induce a formulare o accettare proposte conciliative eccessivamente favorevoli alla controparte e finalizzate al celere epilogo della lite, con duplice pregiudizio sia della classe che, più in generale, delle funzioni di deterrenza che l'azione svolge nell'ambito del sistema della responsabilità civile (producendosi in tal caso un effetto di sottodeterrenza[208]). Spesso infatti né i rimedi prospettati, né i rischi corsi, sono sufficienti a frenare il perseguimento opportunistico dei propri interessi. In considerazione delle elevate risorse da impegnare per raggiungere la sentenza, gli studi legali possono trovare conveniente definire rapidamente la lite per liberare altre risorse da utilizzare nella promozione di altre azioni. Per valutare più consapevolmente gli effetti distorsivi che un simile fenomeno può produrre, occorre muovere dall'analisi delle dinamiche alla base della volontà delle parti di conciliare la lite anziché proseguirla e dai motivi che possono indurre i soggetti "forti" (gli avvocati della classe e quelli del soggetto convenuto) a stipulare un accordo collusivo in danno degli attori "passivi" rappresentati (cd. "*sweetheart deals")*. Ragionando astrattamente, se gli studi legali si facessero promotori di un'unica azione di classe, sarebbe certamente nel loro interesse volgere il processo a proprio favore, concentrando e impegnando a tale scopo tutte le risorse a disposizione, in tal caso allineando correlativamente le utilità ritraibili

[208] A tal proposito si può richiamare un passaggio riassuntivo sul punto tratto da HENSLER, op. cit., p.120: «The size of individual class members' claims—tens or hundreds of thousands of dollars, rather than the small dollars and cents of consumer class actions—means that the financial stakes of the litigation are enormous, measured in hundreds of millions, or billions, of dollars. Defendants' drive to make their ultimate financial exposure certain leads them to put huge amounts of money on the table in order to settle class litigation, an investment of resources that serves society's interests only when the class members' injuries are, in fact, caused by the defendants' product. Plaintiff attorneys are hard put to reject the largess that flows from fees calculated as a percentage of such enormous sums, even when the deals that defendants offer are not necessarily the best that they could obtain for injured class members if they were to invest further effort and resources in the litigation. Defendants' incentives to settle mass tort class actions—even when scientific evidence of causation is weak—and plaintiff attorneys' incentives to settle for less than the individual claims taken together are worth, diminish the deterrence value of product litigation, leading to both *over*- and *underdeterrence*».

dall'esito giudiziale a quelle dei componenti del gruppo. La realtà tuttavia è assai diversa. L'esperienza in proposito evidenzia che le *law firms* specializzate nella conduzione di *class actions* normalmente «non valutano la strategia processuale dal ristretto angolo visuale della singola azione bensì, dato un determinato portafoglio di controversie giudiziarie da esse gestito, valuteranno l'opportunità di proseguire la singola azione in base alla proporzione tra gli *opportunity costs* in termini di tempo e di risorse e i presumibili ricavi marginali dell'azione in questione. Ciò potrebbe indurre gli studi legali a soluzioni non ottimali in riferimento al singolo caso»[209]. In pratica per gli studi legali conta la quantità delle azioni e i bacini di introiti associati ad esse, piuttosto che la qualità e la cura nella trattazione di ciascuna, che in genere, date le dimensioni e la complessità probatoria, richiede un'indefessa attività istruttoria e investigativa[210]. Dalla analisi economica dei costi-benefici rigorosamente condotta con spirito imprenditoriale emerge sistematicamente che è possibile massimizzare il profitto a fronte del minimo sforzo e della minima spesa, qualora si riesca a transigere molto anticipatamente rispetto all'inizio del processo in senso stretto[211]. In questo modo infatti gli

[209] LUCANTONI, op. cit., p.97-98

[210] Si tenga conto infatti che, a differenza della maggioranza dei sistemi giuridici continentali ove si è imposto un sistema inquisitorio (cd. *inquisitorial system)* che vede il giudice attivamente coinvolto nella ricostruzione dei fatti rilevanti, quello statunitense segue rigidamente il modello accusatorio (cd. *adversary system)* che si caratterizza per il ruolo neutro e passivo del giudice con riferimento alle attività istruttorie di reperimento della prova, riservate esclusivamente alle parti e interamente posto a loro carico. Se poi si combina questo aspetto alla più volte menzionata "American rule" in tema di spese giudiziali e al sistema di determinazione del compenso basato sul risultato e non sul tempo profuso alla trattazione della lite, si può ben comprendere come gli studi legali siano razionalmente incentivati a definire la lite il prima possibile, spesso immediatamente dopo la *certification.*

[211] Circostanza minuziosamente illustrata nel contributo di MULLENIX, '*I class action settlements negli Stati Uniti'* (p. 407-466) al volume *La conciliazione collettiva*, a cura di Gregorio Gitti e Andrea Giussani, Giuffré, 2009: «Data la dimensione di una *monetary damage class* e la prospettiva di un compenso a percentuale, gli avvocati che si occupano di class action hanno un forte disincentivo a sostenere spese significative nello sviluppo della class litigation attraverso la *discovery* e il *trial*. Se il legale della classe riesce a transigere abbastanza presto, nel corso della litigation, lo stesso legale riuscirà a ottenere una percentuale della somma risarcita alla classe (di solito milioni di dollari di spese legali) con il minimo sforzo e la minima spesa. Correlativamente, i legali della difesa sono consapevoli che potrebbe essere a vantaggio del legale della classe riuscire a transigere il prima possibile, il che offre la possibilità ai defendants di fare un offerta di modesta entità all'inizio del procedimento di settlement. In questa prospettiva, sia il legale del plaintiff che quello della difesa vincono: il legale della classe ottiene una parcella di importo significativo senza grosse spese o sforzi e i defendants assicurano un settlement "economico" ai propri clienti. Il calcolo economico nelle class litigation, allora, incoraggia un certo livello di consapevole o tacita collusione tra il legale della classe e i defendants, in

avvocati riescono ad ottenere comunque un compenso proporzionale al valore dell'accordo e al contempo risparmiano preziose risorse di tempo e denaro da investire in altre azioni parimenti redditizie.

Un siffatto atteggiamento trova terreno fertile nella correlativa linea strategica abitualmente adottata dalle imprese convenute in giudizio[212]. La controparte di una *class action* consiste tipicamente in un soggetto "abituale", sensibilmente vulnerabile alle azioni collettive promosse e gestite dalla classe forense imprenditoriale. La decisione del *defendant* di procedere a conciliare o transigere la controversia pendente, anziché continuare la *litigation*, può dipendere da un'analisi che tiene conto di una molteplicità di fattori per lo più di carattere economico e legale, ma non esclusivamente. Anzitutto si effettua una valutazione di fondatezza delle pretese della classe nonché del rischio di soccombenza in caso di svolgimento del *trial* vero e proprio e prima ancora dei costi di transazione relativi allo sviluppo delle proprie difese[213]. Parallelamente si tiene conto di ulteriori fattori meno

---

particolare e ancor più chiaramente nelle settlement classes disciplinate dalla Rule 23(b)(3). I class settlements fanno emergere significativi dilemmi etici perché il legale della classe ha un forte interesse nel negoziare guardando con favore la possibilità di raggiungere un accordo velocemente per ottenere la propria parcella e, questo, induce il legale ad essere non proprio rigoroso nel trattare una grande somma di denaro per conto dei class members» (p.431).

[212] Come è facilmente intuibile, la controparte preferirebbe in questi casi non essere affatto convenuta in giudizio, ma, se ciò si verifica, preferirà trovarsi di fronte un gruppo di legali che adotti una politica di investimento calibrata su una pluralità di liti, di tal che non trovi conveniente, come visto, puntare tutte le proprie risorse sulla risoluzione nel merito lite in questione, quanto piuttosto nella deduzione di compensi soddisfacenti derivanti dalla conciliazione anticipata. In questi termini si esprime HENSLER, op. cit., p.80-81, che chiarisce i motivi per cui questa soluzione si riveli appagante sia per i legali della classe che per i *defendant*: «The defendant in a class action suit, facing a plaintiff class action attorney who is pursuing an inventory-oriented litigation investment strategy, might expect to pay less than it would to resolve a similar class lawsuit brought by a plaintiff firm pursuing a single-lawsuit-at-a-time investment strategy. If the defendant and the plaintiff attorney can reach an agreement to settle the case early, they both can save significant amounts of money—for example, by not undertaking full discovery and not engaging in time-consuming pretrial motion practice. As a result, significant wrongdoing on the part of the defendant—the sort of thing discovery is intended to ferret out—may never come to light. In this instance, the defendant will pay less to settle the case than it would if the information had been discovered, but it will pay enough for the plaintiff attorney to derive a satisfactory amount in fees.[…]».

[213] A tal proposito va rimarcato che la cd. «discovery», fase peculiare dell'ordinamento statunitense che precede il dibattimento ed è volta a "scoprire le carte sul tavolo" imprimendo notevole trasparenza al procedimento, «è probabilmente l'elemento più costoso delle controversie negli Stati Uniti, comprendendo attività come interrogatori, produzione di documenti, esami fisici e mentali, e ispezioni di luoghi. Nelle *class litigation* di notevoli dimensioni, la prospettiva di significative spese per la *discovery* potrebbe indurre entrambe le parti della

tangibili di tipo strategico: ad esempio la dimensione e il livello di dispersione geografica della classe; la natura delle pretese sottostanti; l'atteggiamento del giudice e della giuria di quel foro in casi analoghi; l'esperienza e l'abilità del legale avversario, e via dicendo. Particolare rilievo ha poi la circostanza che il convenuto possa abbracciare la via della rapida definizione stragiudiziale della lite per scongiurare il discredito reputazionale che possa derivare anzitutto dalla pubblicità negativa dei propri prodotti dovuta al coinvolgimento in un procedimento giudiziario volto ad accertarne la responsabilità, ma, a monte anche semplicemente da una maggiore esposizione mediatica. Spesso inoltre, la determinazione ad addivenire ad un soluzione stragiudiziale si risolve nel tentativo di neutralizzare sul nascere la lite del tutto infondata e sorretta da un mero intento "estorsivo" (cd. *nuisance* o *strike suit):* per il convenuto infatti il conseguimento della sentenza favorevole può rivelarsi notevolmente più costoso di quanto la proposizione della domanda non lo sia per l'attore e conseguentemente, tenendo conto di simili effetti distorsivi presenti nel sistema, diventa razionale conciliare finanche pretese infondate.

In realtà i fattori sinteticamente riportati sono gli stessi che influenzano la scelta in questione nelle controversie tradizionali, malgrado l'ordine di grandezza sia di gran lunga superiore nell'ambito delle *class action.* In breve, «l'aumentare del valore di ciò che si rischia esercita una pressione formidabile su entrambe le parti spingendole a negoziare un *settlement* ragionevole»[214].

---

controversia a cercare di raggiungere un *settlement* che eviti loro di sopportare tali spese» (MULLENIX, op. cit., p.436).

[214] *ibidem*, p.436

5.1. *Global peace* e *future claims*

Ma l'obiettivo che intimamente orienta il *defendant* alla soluzione extragiudiziale è senza dubbio il raggiungimento della "pace globale" (cd. *global peace),* termine utilizzato per designare un giudizio finale vincolante a tutta la classe in modo tale da precludere successive cause individuali aventi ad oggetto pretese risarcitorie dipendente dal medesimo fatto illecito dedotto nella lite conciliata. Per realizzare questo scopo i convenuti spesso, nel negoziare il *settlement*, prediligono e si prodigano, senza lesinare forzature al limite della legalità, affinché il giudizio di classe sia ricondotto (ovvero "certificato") nella tipologia sub (b)(1) o (b)(2). Infatti, come già osservato, le cd. *mandatory class actions,* a differenza delle *damage class actions* sub (b)(3), non consentono ai ricorrenti l'esercizio dell'*opt-out* e quindi precludono in radice la coltivazione futura di giudizi individuali che rimettano in discussione l'esito del giudizio collettivo (cd. *future claims)*[215]. Ciò spiega evidentemente la maggiore idoneità di tale tipologia ad assicurare una decisone obbligatoria e vincolante per tutti i membri della classe, di modo da meglio servire lo scopo ultimo dei convenuti, la "pace globale" appunto [216] . Una simile soluzione esercita notevole influenza anche sul rappresentante legale della classe, dal momento che più estesa sarà la dimensione della classe

[215] Si tratta di una problema rilevante specialmente nelle *mass tort class actions*, laddove esiste un'elevata probabilità che un vasto numero di appartenenti alla classe optino per l'autoesclusione. Questo fattore incide pesantemente sull'attendibilità delle previsioni che il *class counsel* e il *defendant* elaborano nella prospettiva di una conciliazione e che giocano un ruolo cruciale negli equilibri della negoziazione dell'accordo. Sul punto cfr. HENSLER, op. cit., p.109: «Opt-outs are an obvious threat to global settlements; if large numbers of individuals exclude themselves from a settlement and proceed individually, the defendants will not secure global peace. Defendants may then not be willing to settle at all. If they *are* willing to settle on less-than-global terms, they will not be willing to put as much money on the table as they would to achieve global peace. A cheaper settlement proposal diminishes the attractiveness of settling for plaintiff personal injury attorneys, who therefore may prefer to continue litigating informally aggregated cases. In mass tort litigation involving many represented individual plaintiffs with claims of sizable value, the threat of opt-outs is substantial».

[216] Per altro verso il predetto intento si traduce nell'inserimento, contenuto nell'accordo conciliativo, di alcune previsioni ricorrenti idonee a "isolare" il convenuto da azioni o responsabilità future (cd. *collateral attack)*. MULLENIX, op. cit., p.438 ne elenca qualcuna a titolo esemplificativo: «Tra queste: (1) completa e "globale" rinuncia a qualsiasi pretesa collegata con la *class litigation*; (2) rinunce alle *class action* (*class action waivers*) e (3) disposizioni "sull'esplosione" ("*exploding*" *provisions*). Una *class action waiver* funziona fondamentalmente come limite che impedisce ai *class claimants* di agire nei confronti del *defendant* in una *class action* successiva. Le "*exploding provisions*" prevedono che se una certa percentuale di *class members* esercita *l'opt- out*, allora l'intero accordo conciliativo "esplode" ed è invalidato».

e maggiore sarà il compenso percentile che gli spetti in conseguenza della stipulazione dell'accordo. Essenzialmente infatti quello che costoro negoziano con la controparte non è altro che il prezzo della pace globale che possa definire la controversia una volta per tutte.

Nell'ambito dei *mass torts* forzature eccessive nell'estendere la definizione della *class* determinano effetti distorsivi rilevanti. In particolare se si allargano i confini del gruppo includendovi, accanto ai danneggiati attuali, anche i soggetti potenzialmente esposti al fatto illecito ascritto al convenuto i quali però solo in futuro potrebbero slatentizzare la patologia, si giunge inevitabilmente alla formazione di una classe disomogenea quanto all'oggetto e al valore delle pretese[217]. Se da un lato tale circostanza risulta appetibile sia per il convenuto, che si garantisce agevolmente una "pace perpetua" e sia per gli avvocati della classe che vedono accresciute le loro possibilità di guadagno, quasi sicuramente potrebbe non rivelarsi altrettanto allettante e favorevole per coloro che, tra i membri della classe, siano le vittime ad aver riportato i danni più rilevanti e che a questo punto sempre più difficilmente potrebbero ottenere l'effettivo e integrale ristoro dei danni patiti, dato l'ingrandimento del gruppo e quindi delle concorrenti pretese da soddisfare[218].

[217] Peraltro una tale tendenza reca con sè numerose questioni di esatta determinazione del nesso di causalità, specie laddove esso abbia un complesso fondamento scientifico, come osservato da HENSLER, op. cit., p.117: «Whether and how to compensate currently unimpaired individuals is a hotly contested question in mass tort settlement negotiations. When all class members allege that they have a current injury, the monetary settlement will usually be structured so as to compensate class members—to a greater or lesser degree—for their medical and other economic losses. But when the class includes individuals who have no current injury, settlements may include noncash components as well, such as regular medical check-ups ("medical monitoring"). In mass toxic exposure cases where significant numbers of class members are unimpaired, the community in which such exposure took place may be offered a new community facility or service, in lieu of or in addition to other compensation».

[218] *ibidem,* p.116

5.2. *Judicial review* e contenuto dell'accordo

I fattori di cui si è rapidamente dato conto forniscono la spiegazione più limpida del perché la quasi totalità delle *class actions* proposte innanzi ad un tribunale statunitense vengano conciliate prima che si celebri il processo vero e proprio[219]. Nel corso del tempo è emersa una inedita forma di «*settlement only classes»,* inteso come procedimento instaurato col precipuo scopo di addivenire alla conciliazione della controversia. Inizialmente esso provocò un animato dibattito su un'ampia serie di difficoltà teoriche e pratiche, al cui nocciolo vi era la necessità di garantire un'adeguata protezione accordata dal *due process* ai membri della classe rimasti assenti (cd. *absent* o *unnamed class members)*[220]*:* costoro infatti, senza alcuna notificazione dell'esistenza e della pendenza dell'azione e in un contesto di scarsa supervisione giudiziaria, rimanevano totalmente all'oscuro del fatto che i rappresentanti legali della *class* e quelli della controparte disponessero anche dei loro diritti nell'ambito delle negoziazioni dirette a conciliare la lite[221]. Successivamente la Corte

[219] Spesso per gli addetti ai lavori il concetto di "*class action litigation"* ruota comunemente a due eventi cruciali, rimanendo le restanti parti sullo sfondo. Il primo corrisponde al conflitto attorno alla *certification* della classe, e il secondo invece è quello relativo alla negoziazione tra le parti sotto la supervisione del giudice che successivamente sarà trasposta nei contenuti del *class settlement.* La maggior parte degli avvocati che operano in tale sistema concentrano il fulcro dei loro sforzi in questi due essenziali aspetti del giudizio collettivo.

[220] Si intende qui ribadire nuovamente uno dei tratti maggiormente caratterizzanti la natura della *class action* statunitense. Parafrasando MULLENIX, op. cit., p.418: «Le *class action litigation* negli Stati Uniti sono una forma di controversia rappresentativa (*representational litigation*); cioè, i membri della classe non sono in realtà presenti per rappresentare il loro interessi personali. Al contrario, vengono designati alcuni rappresentanti dell'intera classe (*class representatives*) i quali sono scelti per svolgere il ruolo di *plaintiff* e per rappresentare gli interessi dei membri della classe, e, questi ultimi, vengono definiti come membri assenti o innominati *(absent class members* o *unnamed class members*). Tecnicamente, gli *absent class members* non sono parti del processo. In quanto *representational litigation*, la maggioranza dei membri della classe non è presente per comunicare con i propri avvocati, per monitorare lo sviluppo del processo, per partecipare alle decisioni e alle trattative o per autorizzare il contenuto della conciliazione».

[221] Come osservato *ibidem,* p. 415: «Nel 1995, la *United States Court of Appeals* del *Third Circuit* identificò il problema centrale relativo all'utilizzo *di settlement classes*: "*But their use [settlement classes] has not been problem free, provoking a barrage of criticism that the device is a vehicle for collusive settlements that primarily serve the interests of defendants – by granting expansive protection from law suits – and of plaintiff's counsel – by generating large fees gladly paid by defendants as a quid pro quo for finally disposing of many troublesome claims"*. ('*In re General Motors Corporation Pick-Up Truck Fuel Tank Prods. Liab. Litig.'*, 55 F.3d 768, 789 (3d Cir. 1995)». E ancora: «Nei *class settlement […]* i membri della classe tipicamente non vengono a conoscenza della conciliazione se non dopo che il legale della classe ne abbia già negoziato il

Suprema federale si è pronunciata[222] nel senso di ribadire la loro legittimità e il legislatore ha provveduto a recepire questo orientamento modificando la *Rule 23* con gli interventi riformatori del 1997 e del 2003 [223]. Sgombrato definitivamente il campo dai dubbi, l'attenzione dei giudici e del legislatore si è spostata esclusivamente sull'elaborazione delle garanzie procedurali più idonee a tutelare i membri assenti della classe, al fine di scongiurare i pericoli di collusione e di perseguimento di interessi personali da parte degli avvocati che gestiscono la controversia e, al tempo stesso, rendere la conciliazione produttiva di effetti vincolanti[224].

---

contenuto con l'altra parte, e cioè in un momento in cui i membri della classe non possono più intervenire per contribuire a definire l'impianto del *settlement*, o cambiarne il contenuto, o obbiettare in modo sensato contro la sua stipulazione. […] I legali della classe e della difesa sono consapevoli di tali dinamiche inerenti ai *class settlements* e sono inoltre consapevoli del fatto che il le- gale della classe gode di una discrezionalità praticamente senza vincoli nel negoziare e costruire il *class settlement* per compito dei membri della classe assenti» (p.430)

[222] Ex multis nei casi '*Amchem Prods., Inc. v. Windsor'*, 521 U.S. 591 (1997) e '*Ortiz v. Fibreboard Corp*.', 527 U.S. 815 (1999). In entrambi i casi, la Corte Suprema rifiutò di concedere l'approvazione del *settlement,* rilevando la mancanza del requisito dell'adeguata rappresentanza dei membri della classe. In particolare in *Amchen* gli attori includevano indistintamente soggetti attualmente danneggiati dall'esposizione all'amianto e altri invece che non avevano ancora subito un danno (cd. *non-impaired future claimants)*; mentre in *Ortiz* i componenti della classe disponevano di polizze assicurative applicabili a periodi temporali diversi. In ambedue le circostanze si crearono una serie di conflitti di interesse all'interno della classe e ciononostante gli avvocati delle parti in causa negoziarono una conciliazione applicabile a tutti i *class members*, determinando, a giudizio della Corte, forte pregiudizio per la classe stessa, esponendosi l'accordo al rischio di un futuro *collateral attack.*

[223] In particolare alla lettera (e), che attualmente disciplina direttamente requisiti di legittimità e modalità procedurali dei *class action settlements* e di cui di seguito si riporta il testo: «Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise». The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise:

(1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal.

(2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate.

(3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal.

(4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so.

(5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval.

[224] Si legge infatti nelle note di accompagnamento al testo riformato nel 2003 ("*Committee Notes on Rules—2003 Amendment*"): «Subdivision (e) is amended to strengthen the process of reviewing proposed class-action settlements. Settlement may be a desirable means of resolving a class action. But court review and approval are

In tale prospettiva, oltre ai presidi di cui si è detto in precedenza[225], la *Rule 23*(e) subordina l'efficacia della conciliazione ad una specifica garanzia procedurale: essa infatti impone che l'accordo volto alla transazione, alla rinuncia o al compromesso sia sottoposto al vaglio giurisdizionale e ne ottenga l'omologazione (cd. *judicial review),* all'esito di un controllo non solo della sua regolarità formale, ma anche della sua equità sostanziale, da intendersi come «corrispondenza al valore delle pretese attualizzato in ragione delle probabilità di conseguire il provvedimento di merito favorevole»[226].

I parametri con riferimento ai quali il giudice valuta il contenuto dell'accordo sono quelli dell'equità, della ragionevolezza e dell'adeguatezza[227]. Un'adeguata e fedele rappresentanza dei membri assenti assurge pertanto a requisito essenziale da soddisfare per ottenere decisioni giudiziali vincolanti. A tal proposito va rimarcato che, mentre il legale

---

essential to assure adequate representation of class members who have not participated in shaping the settlement». Peraltro già nel celebre caso '*Hansberry v. Lee'*, 311 U.S. 32 (1940) si stabiliva che i giudizi pronunciati a conclusione di un procedimento di classe non possono produrre effetti vincolanti nei confronti dei membri della classe in assenza del requisito dell'adeguata rappresentanza: «no binding res judicata effect to class judgment in absence of adequate class representation in the prior litigation». Statuizione ribadita successivamente e in particolare nel caso '*Dow Chemical Co. v. Stephenson',* 539 U.S. 111 (2001): «Res judicata generally applies to bind absent class members except where to do so would violate due process. Due process requires adequate representation "at all times" throughout the litigation, notice "reasonably calculated to apprise interested parties of the pendency of the action," and an opportunity to opt out».

[225] Costituiti innanzitutto dal diritto di ciascun componente della classe di ricevere adeguata notificazione della pendenza e della gestione dell'azione nell'ottica di esercitare l'*opt-out* nonché dalla correlativa sussistenza di poteri officiosi e manageriali del giudice di compiere attività istruttorie al fine di monitorare attivamente la controversia valutando la concreta sussistenza di un conflitto di interesse e il rispetto del dovere fiduciario dell'avvocato nei confronti della classe rappresentata (che nel caso specifico si traduce nell'obbligo di ottenere un accordo dal contenuto più favorevole possibile per l'intera classe) e finanche, in caso affermativo, di revocare al difensore il mandato all'esercizio dell'azione collettiva.

[226] GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, op. cit., p. 89

[227] A tal proposito la lettera (e)(2) infatti prevede specificamente che «the court may approve it only after a hearing and on finding that it is *fair, reasonable, and adequate*». Più specificamente, il *Federal Judicial Center,* il più autorevole organo governativo in ambito giuridico, ha avuto modo di meglio definire il ruolo del giudice nell'ambito di tale segmento procedurale nel valutare l'accordo: «To determine whether a proposed settlement is *fair, reasonable, and adequate* the court must examine whether the interests of the class are better served by the settlement than further litigation. Judicial review must be exacting and thorough. The task is demanding because the adversariness of litigation is often lost after the agreement to settle. The settling parties frequently make a joint presentation of the benefits of the settlement without significant information about any drawbacks. If objectors do not emerge, there may be no lawyers or litigants criticizing the settlement or seeking o expose flaws or abuses. Even if objectors are present, they may simply seek to be treated differently than the class as a whole, rather than advocating for classwide interests» (in *'Manual for Complex Litigation'*, 4th edition, 2004, § 21.61, "*Judicial Role in Reviewing Proposed Class Action Settlement"*)

della classe è vincolato ad un dovere di responsabilità professionale a negoziare le condizioni più favorevoli per l'intera classe nell'ambito delle trattative stragiudiziali[228], il legale della difesa non ha alcuna relazione fiduciaria con i membri della medesima. Ciononostante è coerente con le finalità perseguite dal *defendant* che sia accordata la protezione garantita dal *due process* e l'equità procedurale e sostanziale del processo affinché si possa assicurare la futura inviolabilità dell'accordo e metterla al riparo da successivi *collateral attacks*. Pertanto in tale prospettiva, assicurare adeguata rappresentanza al momento della negoziazione e dell'approvazione di un *settlement* è assolutamente cruciale.

Secondo la scansione cronologica determinata dalla *Rule 23*(e), così come modificata da ultimo nel 2003, l'approvazione giudiziale consiste in due fasi. Nella prima, la corte valuta se concedere un'approvazione preliminare di equità, e in caso positivo, ordina che la proposta completa di tutti i termini dell'accordo sia notificata ai membri della classe nonché della data fissata per la celebrazione di un'apposita udienza innanzi al giudice (cd. *fairness hearing).* Nel contesto di tale udienza si permette ai membri di contestare la proposta e l'ammontare degli onorari di difesa ed eventualmente impugnarla nonché, nell'ipotesi di azione certificata ai sensi della lettera (b)(3), si valuta la possibilità di concedere a coloro che non lo abbiano già esercitato, un nuovo termine per giovarsi del diritto di *opt-out*[229]. *Si* tratta evidentemente di predisporre strumenti aggiuntivi di effettività delle garanzie derivanti dal *due process* ai membri assenti della classe nonché di supervisione e sanzione delle tattiche abusive orchestrate a danno della classe.

---

[228] Doveri compromessi significativamente dalle spinte centrifughe impresse dalla forza degli interessi personali: «[…] l'interesse degli avvocati a massimizzare le proprie parcelle e contemporaneamente minimizzare il lavoro e i costi di transazione, spesso incoraggia i legali della classe a raggiungere velocemente il *settlement* e a condizioni meno vantaggiose per l'intera classe. Inoltre, una volta che il *defendant* ha segnalato il proprio interesse nel conciliare la classe, il legale del *plaintiff* potrebbe volontariamente concedere alcune condizioni del *settlement* particolarmente favorevoli al *defendant.* E, come già osservato, il legale della classe potrebbe accettare le richieste del *defendant* di conciliare la classe come *mandatory*, anche nel caso in cui non sarebbe possibile ricondurre quel tipo di *settlement* a tale *category»* (MULLENIX, op. cit., p.441)

[229] Previsione espressamente contenuta nella nuova formula della Rule 23(e)(4)-(5), già riportata *supra*… La *ratio* discende dalla considerazione che soltanto a seguito della lettura della bozza di accordo transattivo possono emergere nuove informazioni sugli elementi che caratterizzano l'azione che in precedenza, al momento della *certification,* non erano note. In questo modo si offre la possibilità ai membri della classe di "uscire" dal processo in modo da evitare eventuali effetti negativi.

L'accordo che realizza un *class settlement* tipicamente include una serie di contenuti sostanziali e procedurali enunciati in maniera chiara e dettagliata. Anzitutto esso deve contenere necessariamente la descrizione dei fatti oggetto della controversia e della natura delle pretese attoree. Il cuore dell'accordo è rappresentato dalla definizione della classe e dei suoi membri, della disciplina relativa alle notifiche nonché dalla previsione dei rimedi legali o di equità che le parti pattuiscono reciprocamente, tra i quali ad esempio la costituzione di un fondo che preveda la corresponsione di una somma forfettaria da ripartire all'interno della classe, l'ammontare dei compensi degli avvocati nonché l'espressa dichiarazione di rinuncia a pretese future da parte dei membri della classe.

Lo scrutinio condotto dalla corte ruoterà attorno ad una molteplicità di fattori e *standard* concreti elaborati nel corso del tempo per valutare se il *settlement* proposto sia "*fair, adequate* e *reasonable",* tra cui a titolo esemplificativo: 1) il vantaggio dell'accordo proposto rispetto al probabile esito di merito del *trial* rapportato alla durata e ai costi prevedibili; 2) il grado di partecipazione dei membri nonché il numero e la forza degli obiettori; 3) la ragionevolezza di qualsiasi previsione sui compensi degli avvocati; 4) l'effetto dell'accordo su altre azioni pendenti o il pregresso rigetto di un accordo dal contenuto simile da parte di un'altra corte; 5) l'equità intrinseca del contenuto[230]. Al termine della procedura, se la corte

[230] Nell'ambito di quest'ultima clausola generale, il Federal Judicial Center ha fatto rientrare una molteplicità di criteri-guida ai quali le corti devono appellarsi, dovendo esaminare se: «1) altre corti abbiano rigettato settlement simili per classi concorrenti o sovrapposte; 2) i *plaintiffs* nominati siano gli unici membri della classe a ricevere compensazioni monetarie o ricevano compensazioni non proporzionate (le diversità di trattamento non sono necessariamente improprie, ma impongono lo scrutinio del giudice); 3) l'ammontare del *settlement* sia molto inferiore rispetto ai danni stimati in cui siano incorsi i *class members*, come determinati nella *discovery* preliminare o in altre misurazioni oggettive, come in conciliazioni o sentenze di casi individuali; 4) il *settlement* sia stato completato in una fase iniziale della controversia senza una *discovery* sostanziale, lasciando molte incertezze; 5) i rimedi non monetari, come i *coupons* o *discounts*, abbiano, per i membri della classe, valore di mercato difficilmente monetizzabile; 6) parti significative del *settlement* prevedano benefici sostanzialmente illusori in ragione di condizioni di eleggibilità molto rigide; 7) alcuni *defendants* abbiano incentivi a ridurre i pagamenti dei *claims* perché possono trattenere quanto è rimasto del *fund*; 8) non sia stata fatta menzione, nel *settlement*, dei *claims* principali o dei tipi di *relief* chiesti nel *complaint*; 9) la disciplina di gruppi interni alla classe sia significativamente diversa rispetto a quella applicabile agli altri; 10) pur in presenza di *claims* simili e contro gli stessi *defendants*, i *claimants* che non sono membri della classe (per esempio, coloro che hanno esercitato *l'opt-out*), o gli *objectors*, ottengano condizioni migliori rispetto a quelli della classe per risolvere; 11) le parcelle degli avvocati siano talmente alte rispetto a quanto dovrebbe presumibilmente ottenere l'intera classe da suggerire la possibilità concreta di collusione; 12) i *defendants* selezionino come negoziatore, senza il

ritiene soddisfatti tali requisiti provvederà ad emettere un *order* definitivo che approva l'accordo che sarà vincolante per tutti i membri della classe.

Grava in definitiva sul giudice il compito di valutare il contenuto sostanziale della conciliazione, senza però svolgere il giudizio sul merito, che nel sistema statunitense è, come noto, prerogativa della giuria popolare. Egli assume il ruolo di baluardo primario di garanzia della bontà degli accordi conciliativi. Ancora una volta il giudice americano è chiamato ad esercitare i poteri di cui è investito con amplissimi margini di discrezionalità. Taluno ha osservato come questo assetto istituzionale si giustifichi sul fondamento di una delle peculiarità cha caratterizza quell'ordinamento, giacché «il reclutamento dei magistrati si basa anche su considerazioni di ordine politico, anziché - come accade di solito in Europa e sopratutto in Italia - squisitamente sulla base della competenza tecnica del candidato»[231]. Tuttavia, proprio il condizionamento esercitato da obiettivi di carattere politico può indurre il giudice a favorire la conciliazione fra le parti in funzione di economia processuale ed allocazione ottimale delle risorse pubbliche. Infatti, come intuibile, la definizione transattiva del contenzioso seriale può comportare forti risparmi di spesa per l'amministrazione pubblica della giustizia. In veste di manager pubblici, i giudici sono esortati a smaltire speditamente il contenzioso arretrato ("clear their dockets"[232]) nel proprio ufficio e la via di composizione extragiudiziale viene solitamente vista come un mezzo efficace a questo scopo. Nell'ambito del dibattito statunitense, si sostiene che spesso i giudici, mossi dall'urgenza di perseguire questi obiettivi attenendosi alla propria "agenda", si rivelano inclini a forzare artatamente la definizione anticipata del processo a tal punto da rendere questa via assai penalizzante per le parti occasionali e più in generale per la piena applicazione del diritto sostanziale[233],

---

coinvolgimento della corte, qualcuno trai legali dei *plaintiffs*; e 13) un numero significativo di membri della classe sollevi obiezioni al *settlement* apparentemente cogenti. (La corte dovrebbe interpretare il numero degli *objectors* alla luce del valore economico della controversia» (in*'Manual for Complex Litigation'*, 4th edition, 2004, § 21.62, *"Criteria for Evaluating a Proposed Settlement",* riportato in traduzione nel testo di MULLENIX, op. cit., p.458*)*

[231] GIUSSANI, ult. op. cit., p.92

[232] HENSLER, op. cit., p.92

[233] Come osserva GIUSSANI, *ibidem,* p. 98: «la conciliazione è uno strumento efficiente di risoluzione delle controversie solo se si limita a ridurre il costo del conflitto, perché se altera le attribuzioni compiute dal diritto

limitandosi ad uno scrutinio assai blando dei requisiti per la *certification* della classe e l'omologazione dell'accordo, soprassedendo agli abusi perpetrati ai danni dei membri assenti o, ancora, provvedendo ad omologare accordi proposti in un momenti in cui la forza di contrattazione delle parti sia assai squilibrata[234].

In conclusione i *class action settlement* rappresentano una componente chiave nella gestione del contenzioso collettivo e ciò è abbondantemente provato dal fatto che assurgono ad abituale via di composizione della lite[235]. In particolare, nel corso degli ultimi due decenni, sono stati individuati una molteplicità di questioni di carattere etico rese manifeste nella prassi. Trattasi infatti di una fase assai delicata del procedimento che coinvolge una pluralità di interessi spesso contrastanti l'uno con l'altro e nei cui rivoli può annidarsi il rischio di abusi a scapito della classe. Conseguentemente il legislatore si è attrezzato a introdurre contrappesi adatti a farvi fronte, mentre invece le corti si sono mostrate sempre più avvedute

---

sostanziale, a causa della sperequazione di forza di contrattazione fra le parti, il risparmio – lo smaltimento dell'arretrato – si paga in termini di accuratezza nell'applicazione della legge; dato che nulla comunque impedisce che il convenuto formuli spontaneamente offerte conciliative, e che la loro accettazione da parte di ciascuno dei destinatari ne produca la validità nei suoi confronti, deve quindi concludersi che proprio l'impossibilità di definire l'azione collettiva in via conciliativa ne massimizza gli effetti di economia processuale, perché assicurando il riequilibrio della forza di contrattazione fra le parti attraverso la rimozione degli ostacoli di fatto alla tutela favorisce l'eventualità che tale offerta conciliativa sia equa e quindi la risoluzione convenzionale del conflitto davvero efficiente (perché accettata dal diretto interessato anziché da un suo difficilmente controllabile incaricato)».

[234] Valutazioni di tipo temporale possono infatti giocare un ruolo decisivo nella negoziazione del *settlement: «*Il momento in cui le parti scelgono di entrare nelle negoziazioni sul *settlement* può avere conseguenze per il *settlement* stesso. […] un pronto e rapido *settlement* può risultare efficace per il rappresentante della classe e il *defendant*, ma potrebbe anche risultare in un accordo non conveniente per i *class members*. Se il rappresentante della classe riesce a convincere la corte a concedere la *certification* alla classe, il bilanciamento strategico si sposta rapidamente a favore del *plaintiff* e a svantaggio del *defendant*. Come già indicato, la decisione della corte di concedere la *certification* alla classe effettivamente esercita, su molti *defendant*, una pressione enorme a conciliare la causa. […] Se le parti procedono con la *discovery*, il procedimento relativo fornirà alle parti stesse ulteriori informazioni sui punti di forza o di debolezza delle posizioni rispettive. Se la *discovery* condotta dal *plaintiff* riesce a far emergere elementi utili alla ricostruzione fattuale del caso favorevole alla classe (compresa la testimonianza di esperti), questo suggerirà al *defendant* di conciliare la controversia e collocherà il *plaintiff* in una posizione privilegiata nelle trattative. Viceversa, se le difese del *defendant* sono dotate di forza, questo ostacolerà il raggiungimento di un *settlement* e collocherà il *defendant* in una posizione favorevole nelle trattative. Se entrambe le ricostruzioni fattuali si dimostrano poco convincenti, questo potrebbe suggerire di entrare comunque nelle negoziazioni verso il *settlement*, anche se con un atteggiamento più "debole"» (MULLENIX, op. cit., p.435 ss.)

[235] Basti pensare che, secondo alcune stime, nel settore finanziario la composizione transattiva si è attestata all'87,6% nell'intervallo di tempo 1988-1996, e c'è da sospettare che negli ultimi tempi sia addirittura aumentata.

e rigorose nell'analisi del contenuto degli accordi, al fine di valutare l'adeguatezza della rappresentanza dei membri della classe e assicurare il rispetto dei diritti accordati loro dal *due process.*

6. *Punitive damages* e funzione di deterrenza

L'istituto dei danni punitivi (cd. «*punitive*» o *«exemplary» damages)* costituisce senz'altro una delle peculiarità dei sistemi di common law e più in particolare dell'esperienza giuridica nordamericana, ove è presente nella maggior parte degli stati federati [236]. Normalmente, infatti, accade che accanto al risarcimento commisurato al danno effettivamente cagionato alla classe, i convenuti siano condannati al pagamento di questa categorie di danni. In tali ipotesi cioè, alla funzione strettamente risarcitoria (*"compensatory")*, tipica della sanzione per illecito civile, si sovrappone una funzione punitiva (*"noncompensatory")*, tipica della sanzione penale e più in generale deterrente[237]. L'esigenza che sta alla base è quella di infliggere una condanna "esemplare" al fine di rafforzare il disvalore sociale di condotte illecite particolarmente gravi e pervasive, come lo sono appunto i *mass torts,* in cui si assiste al prodursi di un pregiudizio che coinvolge una vasta pluralità di persone. In breve, i danni punitivi vengono inflitti al responsabile del danno con una funzione soltanto apparentemente meramente satisfattoria per gli attori danneggiati, ma con il vero scopo di prevenire in futuro la reiterazione della condotta illecita nonché la commissione del medesimo fatto nei confronti di altri potenziali trasgressori[238].

---

[236] V. *amplius* PARDOLESI, voce *Danni Punitivi,* in *Digesto, disc. priv., sez. civ.,* Agg. I, 4 edizione, 2007, p. 452 ss.

[237] Ne viene fornita una celebre definizione nel caso *'Rookes v. Barnard'*, AC 1129, 1167 (1964), richiamata dalla U.K. House of Lords nella successiva sentenza '*Broome v. Cassel & Co.',* AC 1027 (1972): «Exemplary damages are essentially different from ordinary damages. The object of damages in the usual sense of the term is to compensate. The object of exemplary damages is to punish and deter».

[238] A tal proposito sintetiche ma puntuali sono le considerazioni di GIUSSANI, ult. op. cit., p.60: «i *punitive damages* vengono attribuiti soprattutto in ragione della gravità della condotta dell'autore dell'illecito e della misura delle sanzioni civili applicabili a comportamenti analoghi, oltre che dell'insidiosità della sua condotta e dell'ampiezza del danno provocato, e non in ragione della difficoltà di agire in giudizio nei suoi confronti (se non eventualmente in quanto indice dell'insidiosità della condotta); pertanto essi non servono solo a colmare lacune della funzione compensativa nell'ottica della c.d. deterrenza ottimale della responsabilità civile, ma svolgono anche una funzione di stretta deterrenza riferita alle condotte particolarmente riprovevoli». E ulteriormente puntualizza la natura giuridica di questa categoria di danni: «i punitive damages formano oggetto, anziché di un diritto soggettivo, di una situazione soggettiva meno protetta e di portata eventualmente superindividuale (quando vi siano più vittime dell'illecito), giustificata da obiettivi di deterrenza e la cui deduzione in via collettiva appare perciò in realtà doverosa, se non altro per ragioni equitative: chi li fa valere, infatti, esercita comunque un'azione collettiva, dato che fa valere una situazione di vantaggio protettiva di un bene della vita non escludibile – ossia il diritto a non subire illeciti intenzionali, protetto dal sistema

Negli USA i danni punitivi hanno trovato estesa applicazione negli ultimi decenni parallelamente all'avvenire di un sistema economico caratterizzato dalla presenza di soggetti economici di dimensioni assai rilevanti e del riconoscimento giuridico dei *mass torts*[239]. La liquidazione dei danni punitivi si è nel corso del tempo assestata su somme di ammontare vertiginoso, spesso addirittura di gran lunga superiori al danno effettivamente patito dagli attori e tali da far vacillare la solidità finanziaria di un'impresa, con ciò rivelandosi uno strumento controverso per via dei correlati rischi di sovradeterrenza. Quest'ultima, nella misura in cui costringe i potenziali trasgressori a intraprendere misure precauzionali più onerose del costo del danno stesso da prevenire, può di fatto rendere preferibili, in quanto economicamente più convenienti, condotte più dannose ma prive di ulteriore sanzione. Tale rischio è accentuato dalla circostanza che i danni punitivi sono spesso commisurati ai danni non patrimoniali subiti, oltre che dai danneggiati, anche da persone diverse da quelle ricorrenti in giudizio, tipicamente i parenti delle vittime dell'illecito nonché dall'ulteriore circostanza che i danni in questione possono essere richiesti sia in via individuale da ciascun danneggiato, che in via aggregata tramite l'azione collettiva. Quest'ultima opzione si rivela peraltro uno strumento decisivo nella duplice prospettiva da un lato di contenere del loro ammontare complessivo e arginare i rischi di sovradeterrenza, dall'altro di assicurare l'equità di trattamento tra i vari soggetti coinvolti[240].

---

sanzionatorio innescato dalla domanda giudiziale –, ancorché l'utilità consistente nella percezione della somma dovuta a titolo sanzionatorio sia consumabile» (p.61)

[239] Accenna a tale evoluzione BENATTI, *'Danni punitivi e «class action» nel diritto nordamericano'*, in *Analisi economica del diritto,* 2008, p.232: «L'origine dei danni punitivi risale ad un'epoca in cui il sistema economico era semplice e i processi vedevano contrapporsi un solo attore ed un solo convenuto. La concessione di danni sovracompensativi non presentava, dunque, particolari problemi. Quando la condotta del convenuto era stata grave, le corti concedevano all'attore danni punitivi in aggiunta a quelli compensativi. Il convenuto veniva punito una sola volta per la sua condotta illecita e le conseguenze si riverberavano all'interno di una piccola comunità. Il mutamento del sistema economico, con la nascita di grandi multinazionali e del commercio di massa e globalizzato, ha modificato radicalmente questa situazione. Una sola azione illecita può causare danni ad una molteplicità di persone e una società può essere chiamata a rispondere più volte per uno stesso fatto. La concessione dei *punitive damages* nelle ipotesi di *mass tort litigations* determina, quindi, il rischio di *multiple punishments».*

[240] *Ibidem* sono posti in risalto i due ordini di problemi: «In primo luogo, la condanna al pagamento di numerosi verdetti comprensivi di *punitive damages* può danneggiare fortemente una società, i suoi dipendenti e i suoi azionisti. Si è, inoltre, da più parti sottolineato che, avendo i danni punitivi una natura «quasi penale», è ingiusto,

La considerevole entità di taluni risarcimenti imposti dai giudici e la progressiva estensione dei casi di applicazione hanno contribuito ad un complessivo ripensamento dell'istituto che ha richiesto l'intervento della Suprema Corte, la quale ha progressivamente consolidato, nelle più recenti pronunce, un orientamento restrittivo in materia, ponendo un freno ad una vera e propria "esplosione" del fenomeno[241].

Nonostante questa linea di tendenza i danni punitivi continuano ad incidere in misura sensibile sulle dinamiche sottese alla *class action*[242]. In primo luogo, la prospettiva di ottenere un cospicuo "premio" pari ad una quota percentuale della somma complessivamente liquidata

---

secondo una prospettiva retributiva, concederli più di una sola volta, dovendo essi servire a sanzionare solo la singola condotta generatrice del danno. In secondo luogo, si pone una questione di allocazione dei *punitive damages* risarcibili. Spesso i primi danneggiati a ricorrere in giudizio ottengono somme elevate, impedendo a coloro che agiscono successivamente di conseguire ristori anche solo compensativi. Si tratta, dunque, di un sistema vicino all'«all or nothing». Addirittura in alcuni casi le corti hanno ritenuto ammissibile il risarcimento dei *punitive damages* soltanto nei confronti del primo attore o hanno stabilito un numero massimo di risarcimenti sovracompensativi concedibili, determinando così indubbi *windfalls»*.

[241] A ripercorrere sinteticamente tale iter giurisprudenziale è VANNI, *'La class action e la funzione di deterrenza degli illeciti civili in prospettiva comparata',* in www.ildirittoamministrativo.it, p. 158 ss.: «La svolta è segnata da due sentenze della Corte Suprema Federale del 1996 e del 2003. In una prima fase, con il caso *Gore* del 1996, in cui di fronte ad un danno di appena quattromila dollari la Corte Suprema dell'Alabama aveva accordato una somma di 2 milioni di dollari a titolo di *punitive damages*, equivalente a 500 volte il danno effettivo […] per la prima volta il rapporto tra danni *compensatory* e punitivi viene giudicato dalla Corte Suprema Federale *grossly excessive* e come tale in grado di ledere l'VIII emendamento della Costituzione americana, riguardante il divieto di imporre sanzioni pecuniarie eccessive. L'idea di un controllo costituzionale dell'istituto dei *punitive damages* sembra comunque dettata dall'esigenza di contenere l'arbitrio del giudice nella determinazione della somma "punitiva" e non è comunque pacifica. […] Successivamente, in *State Farm v. Campbell* del 2003 la Suprema Corte […] ha confermato che l'autorità degli Stati di imporre risarcimenti punitivi è soggetta a limiti costituzionali di natura sostanziale e procedurale, tra cui in particolare la regola del *due process of law* contenuta nel XIV emendamento […]. Ai fini della concessione dei danni punitivi, essa ritiene fondamentali tre criteri: 1) il grado di reprensibilità della condotta del danneggiante, con conseguenze differenti, sul piano della quantificazione dei danni punitivi, a seconda che la lesione sia stata inflitta con dolo o con colpa grave; 2) i limiti costituzionalmente rilevanti nella proporzione esistente tra *compensatory* e *punitive damages*: il rapporto, cioè, non deve superare di dieci volte la somma concessa a titolo di *compensatory damages*; 3) il rapporto esistente tra quanto concesso a titolo di danni punitivi ed altre sanzioni applicabili in casi omogenei, quali le sanzioni penali: confermata l'autonomia dei due giudizi, civile e penale, la Corte conclude che i danni punitivi non possono essere considerati surrogato delle sanzioni penali e, pertanto, vanno contenuti malgrado il forte disvalore della condotta. Il quadro delle pronunce della Suprema Corte in tema di *punitive damages* si è completato nel 2007 con la decisione *Philips Morris USA v. Williams* in cui è stata ravvisata la violazione della clausola costituzionale del *due process of law* nella concessione, da parte della giuria di una Corte statale, di danni punitivi volti a sanzionare il pregiudizio cagionato a soggetti non presenti nel giudizio, potendo tuttavia tenersi conto di tali condotte ai fini della valutazione della riprovevolezza della condotta e della conseguente quantificazione del danno rispetto al soggetto che sia parte».

[242] Puntuale a tal merito l'analisi di CONSOLO-BONA-BUZZELLI, op. cit., p. 16-17

a titolo di danno a favore della classe, insieme alla considerazione della notevole incidenza che assumono i danni punitivi sull'ammontare complessivo del risarcimento, rappresentano un ulteriore e decisivo incentivo per gli studi legali a finanziare la lite anticipando ingenti somme[243]. Da questo punto di vista, oltre ad una finalità deterrente, i *punitive damages* hanno lo scopo meritorio di favorire il ricorso alla giustizia e agevolare l'emersione del contenzioso, specie laddove fungano da compensazione per le spese legali in un sistema in cui non vige la regola della soccombenza.

In secondo luogo, l'eventualità di una condanna al pagamento di enormi somme esercita una certa influenza sulle scelte del convenuto durante il processo, e più in particolare nella valutazione circa la convenienza di addivenire ad un accordo transattivo. Il timore di subire ripercussioni estremamente negative potrebbe indurre infatti le imprese a rinunciare alla prosecuzione del processo e a tentare in tutti i modi di prevenire la pronuncia di una sentenza cui potrebbe accompagnarsi la comminazione dei danni punitivi.

[243] Come si è già avuto modo di ricordare infatti nella quasi totalità dei casi vengono stipulati *contingency fee agreements* che subordinano la remunerazione dei legali all'ottenimento di una sentenza favorevole per gli assistiti.

7. La prospettiva comparata

Il ruolo chiave al quale di fatto è assurto il contenzioso civile negli USA, complice il principio generale dello *stare decisis* vigente nei sistemi di *common law,* contribuisce a spiegare il successo e le potenzialità della *class action* e ne ha fatto un modello di riferimento nell'odierno dibattito globale, sebbene non privo di punti controversi e assai dibattuti.

Colà l'autonomia privata svolge un'attiva funzione di *enforcement* in posizione concorrente o suppletiva all'intervento pubblico, il quale spesso si è dimostrato incapace di prevenire la commissione di illeciti su larga scala e inefficiente nel porvi rimedio a causa delle sue immanenti contraddizioni. Tra queste basti pensare al problema dell'insufficienza delle risorse, al rischio di asservimento ad interessi esterni[244], al tendenziale irrigidimento della regolamentazione di settori di mercato che invece richiedono innovazione e rapidità di adattamento[245]. Attualmente, infatti, è proprio nei settori in cui le funzioni pubbliche di regolazione (cd. «*public enforcement*») sono carenti di risorse, deboli, compromessi a interessi di parte, che il ruolo della *class action* è più incisivo. E non a caso le potenzialità e le caratteristiche dell'istituto, complice il suo operare in autonomia rispetto all'autorità statale, generano la più vigorosa opposizione degli attori istituzionali. Infatti qualsiasi grande impresa fornitrice di beni e servizi destinati al consumo di massa non può che preferire il confronto con il singolo consumatore non organizzato, sia in sede di risoluzione del contenzioso, potendo contare sulla disparità di risorse economiche impiegabili nel giudizio; sia in nell'arena politica, data la sproporzione di mezzi per influenzare ed esercitare pressioni sul potere politico[246].

---

[244] Si vuole qui far riferimento al fenomeno della cd. «*regulatory capture*» (traducibile letteralmente come "cattura del regolatore") per indicare cioè situazioni in cui soggetto di regolamentazione statale (come authorities, organismi di controllo, organi di sorveglianza), preposto ad agire nell'interesse pubblico, opera invece in favore degli interessi commerciali o speciali dominanti nel settore oggetto della regolamentazione. Per ulteriori chiarimenti in merito si rinvia a CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino ed., 2013, spec. 343 ss.

[245] ISSACHAROFF, '*Class Actions and State Authority*', op. cit., p.385 ss.

[246] Si tratta della classica teoria delle scelte collettive che spiegano il perché gruppi di minoranza influenti (cd. *lobbies*) ricevano benefici sproporzionati dai processi politici. Riguardo alla superiore capacità delle minoranze organizzate di tutelare i propri interessi si veda OLSON. M., op.cit., p.143: «The multitude of workers,

In conclusione alla base della moderna *class action* di matrice anglosassone, e specificamente statunitense, vi è un meccanismo efficiente di indipendenza di una autorità collettiva privata dal potere statale, che ne mette alla prova l'azione controllandone l'operato e assistendone la regolazione[247]. Gran parte del fascino della *class action* deriva proprio dalla possibilità di ottenere benefici sostanziali in modo più flessibile ed efficiente di quanto non possano fare le istituzioni pubbliche. Il che porta all'affiorare nei paesi di *civil law* (i quali ricorrono con sempre maggiore frequenza alle categorie del *private enforcement* e del *regulatory pluralism*) del problema della loro relazione con il tradizionale, e forse eccessivo, affidamento alla diretta autorità regolatrice dello Stato[248]. L'ostilità di larga parte dei Paesi europei avverso il modello americano di class action sottintende direttamente o implicitamente il favore per una regolazione *ex ante*. Coerentemente a questa prospettiva, la regolazione giudiziale collettiva non è trainata da forze di mercato ma si origina e si sviluppa sotto gli auspici del controllo statale. Si pensi, infatti, che il sistema di intervento successivo presupponga e possa funzionare efficacemente solo in un modello di regolazione in cui lo stato lascia la proposizione di azioni collettive alla società civile o addirittura ne incentivi la promozione. Che si regga cioè sull'auto-organizzazione, non importa se essa avvenga su base spontanea o sull'iniziativa esterna dei rappresentanti legali che selezionano il gruppo e si

---

consumers, white-collar workers, farmers, and so on are organized only in special circumstances, but business interests are organized as a general rule.»

[247] Caratteristiche abilmente riepilogate nel passaggio della motivazione sul caso '*Sullivan v. DB Investments Inc., US Court of Appeals'*, Third Circuit (2011): «[340] The class action device and the concept of the private attorney general are powerful instruments of social and economic policy. Despite inherent tensions, they have proven efficacious in resolving mass claims when courts have insisted on structural, procedural, and substantive fairness. Among the goals are redress of injuries, procedural due process, efficiency, horizontal equity among injured claimants, and finality. Arguably a legal system that permits robust litigation of mass claims should also provide ways to fairly and effectively resolve those claims. Otherwise, mass claims will likely be resolved without independent review and court supervision». Nonché da MILLER, A.R., «Even though private lawsuits might be viewed as an inefficient ex post method of enforcing public policies, they have dispersed regulatory authority; achieved greater transparency; provided a source of compensation, deterrence, and institutional governance.» in '*From* Conley *to Twombly to Iqbal: A Double Play on the Federal Rules of Civil Procedure'*, in *60 Duke Law Journal 1*, 2010, p. 19 ss.

[248] «Alla base della *class action* americana, parafrasando le parole di Francesco Galgano, c'è «una medesima filosofia giuridica giuridica, quella secondo la quale l'iniziativa dei singoli, mossa dal tornaconto personale, realizza l'interesse collettivo meglio di quanto possa realizzarlo l'azione dei pubblici poteri» (*Prefazione,* in CONSOLO-ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140 bis codice del consumo*, CEDAM, 2012)

fanno carico di avanzarne le pretese in giudizio. Un modello di questo tipo richiederebbe ad esempio maggiore spazio per la concorrenza fra potenziali attori legittimati alla rappresentanza del gruppo, così come implicherebbe maggiore libertà di azione della società civile, maggiori incentivi economici per la classe forense e non da ultimo più ampi poteri discrezionali in capo ai giudici. Sono queste soltanto alcune delle premesse del serrato confronto fra due sistemi, quello europeo e quello americano, antitetici e incompatibili sotto molti aspetti culturali prima ancora che giuridici. E che rendono ancora più arduo il già difficile compito dell'analisi comparatistica.

In sintesi, alla luce di quanto osservato, emerge che i *mass torts* sono una categoria che richiede la concomitante presenza di numerosi elementi affinché possa esistere nonché, a monte, di un ordinamento giuridico dotato di talune peculiarità, come quello americano. Come si evincerà dal dipanarsi dell'analisi, infatti, la tematica dei *mass torts* e quindi del meccanismo cardine preposto alla loro regolazione, le *class actions,* se trasposta nei sistemi di *civil law* porta a interrogarsi sulle ragioni e le funzioni stesse della responsabilità civile, ed in particolare su quei filoni teorici che le attribuiscono un ruolo metagiuridico di rimedio ad eventi illeciti non adeguatamente regolati dalla legge.

L'assunto di partenza, da cui ogni tentativo di "*legal trasplant"* debba necessariamente partire, è che «i *torts* assumono nell'esperienza statunitense un rilievo che trascende la tecnica giuridica e riflette una complessiva visione della società al cui ordine sono preposte in larga misura, ma *ex post factum*, le corti, che esprimono precise visioni di *policy*, ma nel contempo svolgono un ruolo attivo di vigilanza e regolazione (*policing)»*[249].

In sistemi, come quelli di *civil law*, in cui tali funzioni sono invece svolte, *ex ante*, dalle autorità pubbliche cui è affidata la regolazione delle attività economiche, i *mass torts* non trovano un humus fertile per il loro accoglimento. Il dogma della funzione meramente ripristinatrice del risarcimento del danno (in contrasto invece a quella anche deterrente espressa limpidamente dai *cd.punitive damages* di tradizioneanglosassone); l'inestricabile complessità delle regole procedurali che ne agevolano l'esistenza e l'utilità; la diversa

[249] PODDIGHE, op. cit., p.110.

vocazione della professione forense nonché della concezione statuale della giustizia: sono soltanto alcuni dei macroscopici ostacoli frapposti alla circolazione del modello dei *mass torts* e di quello sottostante di *class action.* Senza però dimenticare che proprio nella terra d'origine di queste categorie, il dibattito specialmente negli ultimi tempi infuria e da più parti se ne contesta l'efficacia e l'attualità.

La trasversalità dell'indagine e della valenza "poliedrica" della responsabilità civile, mai nettamente districabile dal complesso delle regole istituzionali e sociali che governano una data comunità, sollecitano l'adozione di un apparato valutativo e concettuale esterno al diritto, che comprenda anche l'analisi economica, la teoria della regolazione pubblica e non da ultimo le teorie sociologiche sui comportamenti collettivi. Si comincia dunque a profilare un confronto fra modelli che, partendo da quello statunitense, ormai collaudato ma anche assai dibattuto delle *class actions*, ricerchi soluzioni più coerenti con la tradizione europea. La comparazione giuridica mira a mettere in luce analogie e contrasti, punti di contatto e di frizione, margini di convergenza e chiusure intransigenti fra sistemi formalmente e istituzionalmente molto distanti fra loro, allo scopo di offrire agli interpreti e agli operatori la possibilità di compiere scelte consapevoli intorno ad una tematica che ormai fa parte a pieno titolo della società moderna e delle sue legittime aspirazioni di giustizia[250].

[250] La rilevanza del metodo comparativo si coglie in un passo molto eloquente di una relazione di Mauro Cappelletti tenuta al Congresso Internazionale di Diritto Comparato tenutosi a Teheran nel 1974 e pubblicata col titolo 'G*overnmental and public advocates for the public interests in civil litigation',* in *Michigan Law Review,* Vol. 73, No. 5, p. 793-884, 1975. In esso l'Autore rilevava come «the real task of comparative law is not to choose one legal institution, and then to search for its formal analogues in other legal system. True comparative research should have a social problem, not a legal institution, as its point of departure. The task of every comparativist is then to describe, analyze, and evaluate the solution – even if formally and institutionally very different from each other – used by two or more legal systems to deal with that problem».

CAPITOLO TERZO

L'azione di classe in Italia

SOMMARIO: **1.** Considerazioni introduttive: genesi ed evoluzione normativa. – **2.** Ambito di applicazione: il modello consumeristico (art. 140-*bis* cod. cons.). **2.1**. La definizione di "consumatori" e "utenti". **2.2.** Limiti oggettivi dell'azione. **2.2.1**. a) L'omogeneità dei diritti. **2.2.2.** b) Le fattispecie lesive rilevanti. – **3.** La legittimazione "ibrida". **3.1.** Il regime di adesione. **3.2.** *Opt-in* vs. *opt-out*. – **4.** La fase cd. di "filtro" e il ruolo del giudice. **4.1.** Condizioni di ammissibilità. **4.2.** L'ordinanza sull'ammissibilità e la conduzione della causa. – **5.** Gli effetti del giudizio. – **6.** La transazione nella lite di classe.

1. Considerazioni introduttive: genesi ed evoluzione normativa

Nei paesi dell'Europa continentale di derivazione romanistica l'approdo a modelli di tutela collettiva di tipo risarcitorio (cd. «collective redress»), è avvenuto in tempi assai recenti, come frutto di una lenta gestazione. Esso è anzitutto il frutto di un fenomeno internazionale di "circolazione" di modelli processuali alternativi alle tradizionali azioni individuali (cd. "*globalization of class actions*"[251]). Sotto questo profilo la normativa federale statunitense non poteva che assurgere a riferimento naturale e obbligato, in quanto vera e propria "culla" dell'istituto nonché laboratorio incessante di interventi di "restyling" che ne hanno messo variamente in luce le virtù e i vizi nel corso della lunga evoluzione storica già maturata. Peraltro, come acutamente osservato da taluno, «le dinamiche della globalizzazione economica finiscono per rendere necessaria la formazione di norme

[251] L'espressione è mutuata da HENSLER, '*The Globalization of Class Actions: An Overview'*, in *ANNALS, AAPSS*, 622, 2009, p.7-29

sovranazionali elaborate presso i sistemi economici dominanti, e dato che i protagonisti di tali sistemi sono inevitabilmente influenzati in maniera preminente dalla cultura giuridica nordamericana, tali norme tendono naturalmente ad accentuare lo slittamento in favore della prospettiva civilistica dei metodi di prevenzione delle condotte illecite»[252]. Nel solco di siffatta tendenza storico-politica, la dottrina prima e il legislatore poi, analogamente ad altre esperienze giuridiche, si sono trovati alle prese con un dilemma sintetizzabile nel modo seguente: importare *tout court* il paradigma di riferimento, ovvero, dar vita ad una rivisitazione alternativa che possa adattarsi e soddisfare le specificità giuridiche, economiche e culturali del contesto italiano?

L'elaborazione e la successiva introduzione dell'istituto è stata quindi segnata da animate discussioni circa l'effettiva importabilità del modello "made in USA". Da più parti sono state evidenziate difficoltà sia di carattere tecnico che di natura politica. Sotto il primo profilo si è spesso rilevato come l'introduzione di un nuovo istituto appartenente ad una tradizione giuridica così distante solleciti una raffinata tecnica normativa di adattamento alle peculiarità del Paese di importazione, anziché risolversi in un brutale tentativo di "copia e incolla"[253]. In relazione al secondo invece, si sono registrate, anche in Italia, manifestazioni di avversione e rigetto alla *class action,* legate più a letture politiche dell'impatto e dei risvolti pratici che potrebbero prodursi, che ad una lucida e bilanciata analisi[254].

L'Italia è stata tra gli ultimi Stati europei a dotarsi di uno strumento processuale *ad hoc* per la tutela collettiva risarcitoria. Sebbene, come visto nella prima parte della presente

---

[252] GIUSSANI, '*Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito',* in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.,* 2008, p. 239

[253] Sono ormai note, fin dal Convegno di Pavia del 1974, le critiche mosse sin d'allora all'importazione dell'istituto nordamericano e fondate sull'asserita incompatibilità dell'istituto in parole rispetto alle peculiarità del nostro processo civile e ancor prima rispetto alla cornice costituzionale in cui esso si inserisce.

[254] Il *leitmotiv* costante degli oppositori al recepimento dell'istituto, infatti, fa da sempre leva sulla denuncia delle distorsioni e degli inconvenienti che la lunga evoluzione storica dell'istituto oltreoceano ha evidenziato. Su questi temi riferiscono dettagliatamente in tempi più recenti, *ex multis,* RESCIGNO, '*Sulla compatibilità tra il modello processuale delle class actions ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano',* in *Giur. it.,* 2000, p. 2224-2228; FAVA, '*L'importabilità delle class actions in Italia'*, in *Contratto e Impresa,* I, 2004, p.166-203; VIGORITI, *'Impossibile la class action in Italia? Attualità del pensiero di Mauro Cappelletti'*, in *Resp. civ.,* 2006, p. 31-47.; CHIARLONI, '*Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei* consumatori', in *Riv. dir. proc.,* 2007, p.567-590.

trattazione, la riflessione dottrinale in proposito fosse stata avviata in tempi non sospetti, è a partire dall'inizio del nuovo secolo che la classe politica italiana inizia ad interessarsi della questione. Nonostante l'adozione di uno strumento di gestione delle cause civili collettive per danni fosse stato indicato in tempi non sospetti come un orizzonte ineluttabile, il diritto positivo italiano aveva fino a quel punto concepito unicamente una serie di azioni processuali a tutela di interessi sovraindividuali ("diffusi" o "collettivi"): nel corso del tempo l'ordinamento aveva cioè regolato una serie di rimedi tipici rivolti alla protezione di interessi facenti capo *lato sensu* ad una pluralità indistinta di soggetti, nessuno dei quali poteva individualmente vantarne la titolarità, e che proprio perciò trovavano negli enti esponenziali i legittimati naturali all'esperimento processuale[255]. Peraltro, la prospettiva cui si attenne inizialmente il legislatore era incentrata su forme di tutela inibitoria e non teneva debitamente in conto del fatto che i danneggiati di un illecito plurioffensivo non trovassero adeguata tutela in provvedimenti giudiziari rivolti esclusivamente al futuro, in quanto finalizzati a prevenire comportamenti lesivi di questi interessi o a disporne la cessazione. Il limite fondamentale di questo approccio infatti risiedeva nella circostanza che quasi sempre la lesione di interessi sovraindividuali produce complessivamente danni economici di entità assai rilevante. Si è quindi progressivamente fatta strada la consapevolezza dell'inadeguatezza dei rimedi preesistenti a far fronte a tali esigenze[256]. Si trattava, in definitiva, di ideare un *device* processuale inedito ed alternativo ai meccanismi tradizionali[257], in grado di apprestare tutela

[255] Si tratta ad esempio delle fattispecie enucleate nell'ambito della repressione della condotta antisindacale (art. 28 Stat. lav.), della repressione delle condotte di concorrenza sleale (d.lgs. 25 gennaio 1992, n.74), della protezione dell'ambiente (art. 18 l. 8 luglio 1986, n.349), della tutela dei consumatori avverso l'inserimento di clausole vessatorie nei contratti predisposti dal professionista (art. 1469-*sexies* c.c., introdotto dalla l. 6 febbraio 1996 n. 52 e dall'art. 3 l. 30 luglio 1998 n.281, ora confluiti negli artt. 37, 139 e 140 cod. cons., e via dicendo).

[256] Senza dubbio, almeno sul piano emotivo, la spinta decisiva emerse a seguito di gravi scandali finanziari (Cirio, Parmalat, Bipop, *bonds* argentini, tanto per fare qualche esempio) che enfatizzarono l'inidoneità della tutela giurisdizionale individuale nonché degli strumenti processuali preesistenti a fornire adeguata ed effettiva tutela alle vittime danneggiate, come illustrato da DE SANTIS, *'I disegni di legge italiani sulla tutela degli interessi collettivi e il "Class Action Fair Act of 2005"',* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 2006, p. 601 ss.

[257] In particolare fu immediatamente chiaro che gli istituti del litisconsorzio e del cumulo soggettivo di cause erano del tutto inidonei a reggere l'impatto di una quantità indefinibile di cause potenzialmente instaurabili in conseguenza di eventi illeciti di massa.

risarcitoria ad una moltitudine di diritti individuali omogenei spettanti alle vittime dell'illecito singolarmente considerate.

Dapprima nel corso della XIV legislatura e della successiva furono avanzati diversi progetti di legge che cominciavano a profilare due diverse configurazioni embrionali del modello che poi sarebbe stato prescelto dal legislatore: alla prospettiva dell'azione associativa ispirata al modello consumeristico[258] si contrapponeva la diversa prospettiva del modello assimilabile a quello della *class action*[259]. Ma è soltanto nel 2007[260], dopo una lunga e infruttuosa serie di iniziative, che i tempi furono maturi per l'introduzione nel nostro ordinamento di un siffatto meccanismo denominato «azione collettiva risarcitoria» che provvide ad inserire *ex novo* l'articolo nel Codice del Consumo[261]. In questo primo frangente

[258] Che faceva capolino al d.d.l. Governo n.1495, presentato alla Camera dei Deputati il 27 luglio 2006. In essa cioè la legittimazione era riposta integralmente nelle mani delle associazioni dei consumatori e circoscritta ai soli eventi dannosi riconducibili ai rapporti tra questa specifica categoria di danneggiati e le imprese.

[259] Impianto adottato da ben quattro d.d.l. nn.1834, 1330, 1443 e 1882, tutti presentati alla Camera nel corso del 2006 e sostanzialmente coincidenti nei contenuti, che prevedevano un'applicazione generalizzata della tutela collettiva a tutti i settori (in tutti i casi cioè di *"illeciti plurioffensivi")* consentendo a "*chiunque vi abbia interesse"* di agire in nome e per conto della classe intera di appartenenza. Ma per saggiare approfonditamente l'evoluzione della vicenda legislativa si veda il paragrafo '*Il tormentato iter della novella'* del contributo di MOREO, '*L'azione colletiva risarcitoria: luci ed ombre di una recente novella',* in *Nuova giur. civ.,* 2008, p. 197-201, nonché CATRICALA'-PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori,* Dike giuridica, 2013, p. 275-290 ("*L'azione di classe").*

[260] Mediante art. 2, commi da 445 a 449, della legge 24 dicembre 2007, n.244 (cd. *legge finanziaria* per il 2008). In particolare, il comma 445 stabiliva che il nuovo istituto in esame doveva intendersi come «*un nuovo strumento generale di tutela nel quadro delle misure nazionali volte alla disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, conformemente ai principi stabiliti dalla normativa comunitaria volti ad innalzare i livelli tutela».* La scelta di far confluire una norma così dirompente e innovativa nel magma della legge finanziaria, peraltro frettolosamente sottoposta al voto di fiducia e a strettissima maggioranza, sintomo evidente della mancanza di un ponderato e doveroso approfondimento parlamentare, ha suscitato fin da subito veementi reazioni di segno opposto da parte degli interpreti che ne hanno rilevato l'inadeguatezza rispetto ai fini enunciati. Da più parti infatti si ritenne che il testo della norma, così come formulato dal legislatore, fosse il frutto di scelte emotive, più che di ponderate scelte tecniche e sistematiche. Per una panoramica delle critiche mosse si veda il commento dell'allora Presidente del Consiglio nazionale forense Guido Alpa dall'eloquente titolo: *'Un «mostro giuridico» da riscrivere integralmente'*, in *Il Sole-24 ore,* 17 novembre 2007, 7.

[261] Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206. Le vicende che hanno condotto a tale stravolgimento sono rammentate da COSTANTINO, '*La tutela collettiva risarcitoria: la tela di Penelope',* in *Foro it.*, 2009, p.388 ss., che peraltro si mostra estremamente scettico sulla reale utilità del rimedio. Ad avviso dell'Autore, infatti, in assenza dell'art.140-*bis*, la tutela risarcitoria dei soggetti interessati potrebbe comunque essere perseguita mediante l'azione inibitoria *ex* art. 137, ma *contra* CONSOLO-ZUFFI, op. cit., p.57-58, che al contrario rimarca l'importanza della conquista normativa, sottolineandone le finalità compensative, in passato del tutto prive di adeguata tutela: «reputando bastevole il rimedio inibitorio si rischia di lasciare sprovvista di protezione

a prevalere fu, tra i due distinti modelli prospettati, quello caratterizzato dall'applicazione circoscritta alla normativa di settore consumeristica e lungi dal poter essere assimilata al modello statunitense di *class action* sotto svariati punti di vista[262].

Notevoli furono le questioni e i problemi che immediatamente la disposizione in questione sollevava, a tal punto che l'entrata in vigore della norma, originariamente prevista per inizio 2008, fu reiteratamente procrastinata senza mai divenire realmente operativa, poiché il suo testo fu interamente riscritto dall'art. 49, legge 23 luglio 2009, n. 99, recante «*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese»,* volto a meglio

giurisdizionale una vasta gamma di situazioni soggettive individuali, che giustamente anelano ad un'immediata forma di risarcimento o di indennizzo poiché compromesse da un illecito di massa. Solo l'art. 140-*bis* cod. cons. assicura un espediente processuale precipua- mente diretto a ristorare la lesione di una moltitudine di diritti, i quali, presi *singulatim* risultano magari di modesto valore, ma valutati nella loro *summa* esigono l'irrogazione di una sanzione civile, anche nella prospettiva "pubblicistica" della prevenzione delle condotte illecite».

[262] Più nello specifico, a detta degli autori, la novella disciplina, di cui all'art.140-*bis*, risulta distinguersi dal modello della *class action* sotto alcuni rilevanti profili, tra cui particolarmente macroscopici risultano i seguenti: la legittimazione attiva, circoscritta, nel pieno stile del modello consumeristico, ad un novero ristretto di enti esponenziali di diritti sovraindividuali (associazioni e comitati) e non riguardanti direttamente i singoli danneggiati; il ristretto ambito oggettivo di applicazione, circoscritto anch'esso a fattispecie tassativamente descritte dalla norma; l'oggetto del giudizio, finalizzato unicamente all'accertamento della responsabilità, e non alla condanna risarcitoria nei confronti dei singoli danneggiati; l'estensione degli effetti della sentenza ai soli danneggiati che abbiano aderito all'azione secondo le dinamiche tipiche del meccanismo di *opt-in.* Per un inquadramento e una trattazione più estesi riguardo l'allora provvisorio istituto della cd. «azione collettiva risarcitoria» si consultino, *ex multis,* RICCIO, '*L'azione collettiva risarcitoria non è, dunque, una class action',* in *Contratto e impresa,* 2008, p. 500-527 e CONSOLO-ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140 bis codice del consumo*, CEDAM, 2012, i quali osservano: «In questa disciplina si trovavano frammisti elementi ora di più schietta appartenenza al modello originario delle *class actions* (si allude in particolare ai profili attinenti alla procedibilità dell'azione e all'efficacia *ultra partes*, *in bonam* e *in malam partem*, del giudicato collettivo) ora soluzioni di maggior vicinanza alla sensibilità giuridica di stampo *civilian* (ciò che si coglieva in particolare sui versanti della legittimazione e della struttura del giudizio collettivo); su altri snodi si sceglievano persino strade originali (come quella di riservare alla conciliazione giudiziale e alla composizione amichevole un canale preferenziale per la definizione della causa collettiva), anche se poi si mancava di apprestare i necessari espedienti tecnici affinché risultassero davvero percorribili. La regolamentazione risultava insomma, per un verso, deficitaria, perché, ad esempio, non disciplinava in maniera esaustiva il coordinamento tra le azioni collettive, le azioni individuali e le azioni (fondate sui medesimi fatti) eventualmente proponibili dinanzi ad autorità indipendenti; né conferiva al giudice congrui poteri di gestione e strumenti di vigilanza sullo svolgimento e sugli esiti compositivi della procedura in forma aggregata; per altro verso, ancora troppo di "compromesso", essendo intenta a continuare la tradizione dei rimedi collettivi promossi su attivazione di enti portatori di interessi superindividuali, ma al contempo funzionalmente cospirante all'effettiva riparazione delle miriadi di diritti individuali dei consumatori/utenti, lesi dall'illecito addebitato all'impresa convenuta». (p.43)

chiarire e definire la struttura e la funzione dell'istituto[263]. Essa segnò un passaggio fondamentale, testimoniato anzitutto dalla novellazione della rubrica della disposizione: «azione di classe». La novità non si ridusse ad un mero mutamento nominalistico[264], ma si tradusse in una sostanziale e radicale riformulazione del contenuto[265]. In particolare la riforma

[263] A dimostrazione del radicale mutamento di prospettiva basti pensare che i commi di cui è composto l'articolo passarono dai sei precedenti a ben sedici, per tramite di una tecnica redazionale agli antipodi rispetto a quella sintetica e aperta che si riscontra negli ordinamenti di *common law*.

[264] Tra i primi a mettere in luce la distinzione sostanziale, e non puramente nominalistica, intercorrente fra le due espressioni va menzionato CHIARLONI, ult. op. cit., p.568: «Si parla e si scrive di *azioni collettive* e di *azioni di classe*. Ma la distinzione tra le due nozioni molto spesso non e` chiara nella testa di chi oggi le adopera. Mi sembra che vengano spesso confuse e talvolta scambiate. Ne offro qui una definizione stipulativa, che spero possa venir condivisa, perché mi sembra corrispondere agli usi consolidati del passato. 1) Per *«azioni di classe»* intendo quelle che vengono instaurate da un singolo individuo nell'interesse anche di una pluralità di soggetti (la classe) che si trovano in una comune situazione giuridica bisognosa di tutela giurisdizionale. Un'azione sottoposta ad un vaglio preventivo di ammissibilità`, opportuno, anzi direi necessario perché in caso di ammissione il risultato finale vincola, a certe condizioni, tutti gli appartenenti alla classe. Tanto se si tratti di un provvedimento, sia di accoglimento sia di rigetto, quanto se si tratti di una conciliazione. Tanto se si tratti di una sentenza di puro accertamento, quanto se si tratti di una sentenza di condanna (che può anche portare alla creazione di un fondo in denaro destinato alla soddisfazione, sotto controllo di un «amministratore», di crediti riconosciuti ai singoli membri della classe). 2) Per *«azioni collettive»* intendo quelle che vengono instaurate da associazioni nate e affermatesi come «centri di imputazione» di interessi che fanno capo ad una collettività di individui sovente più ampia rispetto agli associati e non legati tra loro da alcun rapporto giuridico. L'azione, di cui questi c.d. enti esponenziali sono titolari esclusivi, tende ad ottenere la tutela giurisdizionale degli interessi comuni attraverso provvedimenti che accertino l'illegittimità di comportamenti dell'impresa convenuta pregiudizievoli a quegli interessi ed eventualmente ne ordinino la cessazione. In ordine all'efficacia del giudicato la tendenza culturale e della progettazione legislativa va verso il riconoscimento dell'efficacia *secundum eventum*: a favore, ma non contro i singoli appartenenti alla collettività che intendano agire in giudizio per la tutela delle loro posizioni individuali. Mi sembra che queste due definizioni, per il momento molto generiche, sono peraltro sufficienti per identificare due modalità di tutela giurisdizionale storicamente presenti da tempo in una pluralità di ordinamenti».

[265] Per una comparazione analitico-differenziale delle due versioni si suggerisce la lettura di CONSOLO, '*Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica',* in *Corriere giuridico,* 2009, p. 1297-1308, che concludeva plaudendo alla modifica, vista come un notevole passo in avanti, senza tuttavia mancare di sottolinearne la perfettibilità: «Ed eccola la II edizione dell'art. 140-*bis*, ancora tutt'altro che perfetta, sia chiaro; specie nella precisione terminologica e sintattica ma certamente sviluppata e volta a dare il via alla esperienza proprio nella versione prefigurata ... e prefigurabile realisticamente di una azione di (semi-)classe previa adesione (*opt-in*) per crediti isoformi e tendenzialmente piccoli. Tuttora molte cose vi appaiono non ben risolte e così, altrettanto verosimilmente, ancora un po' provvisorie.[…]In sintesi, in attesa di più distesi studi, la nuova versione è complessivamente positiva specie là dove non consente più ad alcuno di inseguire, alternativamente (ma con parimenti straripanti apporti letterari), o il mito, che tale è (incubo o cavaliere che sia visto), della *class action selvaggia* alla americana per qualsivoglia tipo di *mass-tort* e senza alcuna stretta similarità fra i diritti soggettivi degli aggregandi aderenti oppure il conservatore e "collettivistico" modello della tutela dei *multi* (e quasi degli *omnes*) per il solo *ieratico* tramite dell'opera processuale di enti esponenziali e/o di categoria, senza rendere litispendenti in alcun modo i diritti

incise su aspetti essenziali del rimedio che palesano limpidamente il tentativo di avvicinarlo, almeno nella forma, alla *class action* federale statunitense, al punto che alcune disposizioni sono apparse la traduzione quasi letterale della *Rule 23,* marcando definitivamente le distanze dal precedente rimedio dell'azione collettiva risarcitoria diretta alla tutela di interessi sovraindividuali.

Nonostante le numerose proposte di emendamento e i montanti malumori dottrinali nonché i modesti risultati ottenuti in termini giurisprudenziali emersi all'alba dell'introduzione dirompente dell'istituto, da allora l'impianto normativo è rimasto pressoché immutato, fatta eccezione per il decreto legge 24 gennaio 2012, n.1 (cd. d.l. "Liberalizzazioni")[266], con cui il legislatore, accogliendo i rilievi della dottrina maggioritaria, intervenne nuovamente sul testo dell'art. 140-*bis* incidendo, fra le altre cose[267], su un aspetto nevralgico per il funzionamento del nuovo istituto: il suo oggetto[268]. Un ulteriore novità risiede nella previsione, accanto alla tutela dei «*diritti individuali omogenei*», anche quella di non meglio definiti «*interessi collettivi*» dei consumatori e degli utenti. Tale richiamo, che invero ha generato non poca confusione negli osservatori, andrebbe interpretato unicamente nel senso di garantire che l'azione venga promossa per la tutela di un interesse individuale realmente condiviso tra i consumatori e gli utenti coinvolti. Lungi quindi da preludere ad un insensato ritorno alle origini, la modifica si inserirebbe nella più coerente prospettiva di ribadire, forse in maniera ridondante e sicuramente poco felice, la natura di azione

---

soggettivi lesi e così, quantomeno, con un *double step* processuale fra *an* (colletivo!) e *quantum,* francamente (quanto meno) attendista».

[266] Convertito con la legge 24 marzo 2012, n. 27.

[267] In particolare ci si riferisce alle concrete modalità di liquidazione dei risarcimenti o delle restituzioni nonché a profili connessi alla regolamentazione della competenza giurisdizionale e all'istituzione di sezioni specializzate nei Tribunali.

[268] Come si vedrà nel prosieguo della trattazione, l'apparentemente banale novità lessicale ("*omogeneità"* in luogo di "*identità")* introdotta dalla riforma si rivelerà decisiva ai fini della corretta interpretazione e operatività del giudizio collettivo risarcitorio e andrà a sanare uno dei punti più controversi della normativa, costituendo la qualificazione dei diritti dedotti nel giudizio il presupposto fondamentale per l'attivazione dell'inedito rimedio. Invero, la dottrina era già da tempo pervenuta ad un pari risultato interpretativo, suggerendo, appunto, di non intendere in senso rigido il presupposto testuale dell'identità, di fatto condizionando il legislatore nelle scelte adottate; mentre per altro verso si era registrata una certa tendenza giurisprudenziale a giudicare in maniera estremamente rigorosa la diversità delle situazioni soggettive dedotte, apprezzava in maniera rigorosa ai fini della pronuncia di ammissibilità (V., ad es., ordinanza Trib. Torino, 31 ottobre 2011).

fondamentalmente "collettiva" dell'istituto e non invece meramente cumulativa delle pretese individuali fatte valere[269]. La nuova stagione di riforma, se da un lato non ha sgombrato del tutto il campo da dubbi interpretativi e chiusure ideologiche avverso l'istituto, per altro e più significativo verso, ha certamente contribuito al progressivo affinamento del medesimo da un punto di vista pratico e operativo.

Sin d'ora si anticipa che, secondo dottrina maggioritaria, l'attuale apparato normativo ha nel complesso sì recepito alcune idee sviluppatesi nell'ordinamento statunitense, ma spesso gli schemi concretamente scelti per la loro attuazione siano stati ampiamente rivisitati al punto da rendere, da un punto di vista propriamente sostanziale più che meramente lessicale, non più nitidamente riconoscibile il paradigma di riferimento[270].

E' soltanto attraverso l'analisi dell' «azione di classe» così come attualmente delineata nell'ordinamento italiano e il confronto con la disciplina della *class action* federale statunitense che potrà indagarsi a fondo sulle questioni poc'anzi prospettate, tenendo ben a mente, nel condurre tale operazione, un insegnamento prezioso e illuminante: «Ovviamente subire l'influenza dei sistemi economici dominanti e doversi adattare alle loro regole giuridiche non è cosa allegra, e sono umanamente comprensibili […] le diffuse avversioni istintive a tutto ciò che «puzza» di America. Chiudersi a riccio, però, serve a poco, e illudersi di risolvere i problemi con soluzioni originali trascurando di conoscere cosa accada negli altri paesi può riservare sgradevoli sorprese: tipicamente si propongono soluzioni non adottate altrove semplicemente perché adottate in precedenza con esiti negativi e già abbandonate (ossia soluzioni tecnicamente obsolete); nel tentativo di reinventare da capo la ruota, insomma, ci si accorge sulla propria pelle – e spesso troppo tardi – dell'utilità dei freni. Per sostenere la competizione fra giurisdizioni, quindi, occorre conoscere cosa accade altrove ed avvalersi delle innovazioni tecnologiche – di tecnica del processo – scoperte colà, adattandole

[269] In proposito particolarmente persuasiva è la ricostruzione, tendente a sminuirne la portata, di CONSOLO-ZUFFI, op. cit., p.54-55

[270] Taluno a tal proposito parlato eloquentemente di "*reinventing the wheel"* riferendosi alla bizzarra tecnica di "*legal transplant"* adottata in tale circostanza. A tal proposito e diffusamente a proposito del conflitto giuridico fra ordinamenti di *common law e* di derivazione romanistica si veda SILVESTRI, *'The Difficult Art of Legal Transplants: The Case of Class Actions',* in *Revista de Processo,* 2010, p. 99-112.

alle particolarità del contesto locale in modo che assicurino una non minore efficienza – in modo, cioè, che gli apparecchi funzionino lo stesso anche se le spine e le prese di corrente sono diverse –, e magari addirittura migliorandone l'efficienza […]»[271].

[271] GIUSSANI, *'Azioni collettive risarcitorie nel processo civile',* op. cit., p.76

2. Ambito di applicazione: il modello consumeristico (art. 140-*bis* cod. cons.)

L'azione di classe italiana opera all'interno di un ristretto ambito di applicazione. Fin dalla prima versione dell'art. 140-*bis* fu chiara l'impostazione seguita dal legislatore italiano nella determinazione sia delle classi di soggetti destinatari della nuova forma di protezione ("consumatori" e/o "utenti" di cui al comma 1) e sia dei settori e degli ambiti di responsabilità civile in cui si ammette l'azione di classe (le tre fattispecie tassative enucleate dal comma 2 lett. a), b), c) se ed in quanto l'illecito sia compiuto da un "professionista"). Ciò manifesta inequivocabilmente l'opzione a favore di un'applicazione settoriale e circoscritta, di tipo consumeristico, sideralmente contrapposta a quella che ispira la *class action* nordamericana. Quest'ultima infatti si connota per la sua applicazione generalizzata ed estesa a qualunque danno da illecito plurioffensivo, a prescindere dall'appartenenza dei soggetti interessati a determinati categorie e della riconduzione degli eventi dannosi a specifici settori dell'attività umana o fattispecie giuridiche di responsabilità. La *Rule 23*, come già illustrato, appresta una tutela collettiva risarcitoria aperta e indifferenziata, suscettibile di coprire interamente l'amplissimo novero di fattispecie illecite che va sotto il nome di *mass torts,* purché l'azione proposta soddisfi i (pre)requisiti fondamentali dalla medesima enunciati. La *class action* statunitense, cioè, non si occupa dell'aspetto sostanziale delle situazioni soggettive tutelate.

L'art. 140-*bis,* comma 1, insieme alla affatto casuale collocazione sistematica dell'istituto nel *corpus* del Codice del Consumo, è inequivoco nel chiarire che le situazioni soggettive deducibili con l'azione di classe debbano necessariamente afferire ad un rapporto, non necessariamente di natura contrattuale, di consumo, rientrante nei settori delimitati per un verso dall'art. 2, comma 2, cod. cons.[272], per gli aspetti di carattere oggettivo, e all'art. 3 cod.

[272]«Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti:
a) alla tutela della salute;
b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi;
c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità;
c-bis) all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà;
d) all'educazione al consumo;

cons., per le dinamiche di tipo soggettivo. Il rimedio, in altri termini, opera esclusivamente per i diritti contemplati dalla prima norma, di cui siano titolari, dal lato attivo e passivo, i soggetti individuati dalla seconda[273].

e) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali;
f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti;
g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza».

[273] La scelta del legislatore di limitare drasticamente l'ambito di applicazione è fin da subito stata individuata come uno dei punti deboli dell'istituto nonché uno dei principali fattori della tiepida fortuna fin'ora riscossa in Italia. A testimonianza di ciò. si pensi in particolare all'organica e ambiziosa Proposta di legge n.1335-3017 recante "*Disposizioni in materia di azione di classe*", presentata all Camera il 9 luglio 2013 e poi arenatasi dopo l'approvazione in prima lettura del 3 giugno 2015, consultabile al seguente link: http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0012560.pdf. Tale Proposta si pone come obiettivo l'allargamento della cerchia dei soggetti destinatari dell'azione di classe, introducendo un nuovo Titolo VIII-bis, del Libro IV del c.p.c. (artt. 840-*bis* - 840 *vicies semel*) in luogo dell'art. 140-*bis*. Il nuovo art. 840-bis (ovvero, l'ambito di applicazione della disciplina) prevede che l'azione di classe tuteli i «diritti individuali omogenei derivanti da una o più fonti dell'obbligazione indicati dall'articolo 1173 del codice civile, nonché gli interessi collettivi». In tal modo, ad avviso dei proponenti, «l'estrazione della procedura dell'azione di classe dal codice dei consumatori, e la sua più opportuna collocazione nel codice di procedura civile, potrebbe evitare che l'esclusione da tale tutela di tutti quei soggetti che si trovino, come possono trovarsi i consumatori, in una situazione di necessità di accesso alla giustizia caratterizzata da pretese risarcitorie modeste causate da illeciti plurioffensivi, oppure in una situazione in cui, pur non essendo la pretesa modesta né la debolezza strutturale acclarata, s'intenda comunque agire in forma aggregata per convenienza processuale».

2.1. La definizione di "consumatori" e "utenti"

Il protagonismo del consumatore nel panorama normativo italiano degli strumenti di tutela collettiva[274] ha sollevato da tempo perplessità concettuali[275]. Spesso infatti si è rilevato che per realizzare sul piano dell'effettività la garanzia della tutela giurisdizionale collettiva dei diritti siano necessari rimedi di portata generale. Per quanto infatti si apprezzi estensivamente la nozione di «consumatore» a costo di forzature interpretative (ricomprendendovi a vario titolo anche quella di risparmiatore, investitore, assicurato e via di seguito), è chiaro che un'amplia cerchia di diritti e interessi appartenenti a gruppi o classi di persone non trovano protezione, così come, per altro verso una serie assai rilevante di illeciti di massa rimangono sprovvisti di adeguata sanzione[276]. Specularmente, anche sul piano della legittimazione passiva il modello cui si è orientato il nostro legislatore corrisponde ad una visione settoriale e limitativa. L'art. 140-*bis,* infatti, individua nel "professionista"[277] la controparte privilegiata, anzi l'unica possibile, della classe.

Operazione ermeneutica imprescindibile per la corretta applicazione dell'azione di classe è l'esatta delimitazione della portata delle predette categorie che consenta in definitiva di individuare i soggetti in concreto titolari dei diritti (e dei corrispondenti obblighi) risarcitori e/o restitutori oggetto della domanda giudiziale. Non è certo questa la sede per

[274] Anche precedentemente all'introduzione, da ultimo, del rimedio collettivo a carattere risarcitorio, era evidente come il legislatore prediligesse tale figura come destinataria delle tutele a carattere eminentemente inibitorio (si pensi alla procedura regolata dagli artt. 139-140 cod. cons.)

[275] Ad illuminare quest'aspetto è, fra gli altri, TARUFFO, ult. op. cit., p.106-107, il quale ritiene «discutibile per difetto» l'ambito di applicazione dell'istituto, rilevando come «non è solo il consumatore ad essere vittima di illeciti che colpiscono una pluralità di persone». Per altro verso l'Autore riconosce alla *class action* statunitense il merito storico di aver sfruttato al massimo le potenzialità insite in tale strumento "aperto", in funzione di stimolo e incentivo alla promozione di importanti riforme, menzionando eclatante caso della sentenza del 1954 '*Brown v. Board of Education',* con cui la Corte suprema inaugurò uno dei filoni di giurisprudenza antidiscriminatoria precorritrice dei successivi interventi legislativi federali.

[276] Si pensi, solo per fare qualche esempio, agli effetti dei danni ambientali, agli incidenti prodotti su larga scala, o ancora alle discriminazioni della natura più disparata: in buona sostanza a tutta quell'indefinibile pluralità di eventi dannosi che possono oggigiorno minacciare i diritti di vaste cerchie di cittadini.

[277] La qualifica di "professionista" presa a riferimento è quella contenuta all'art. 3, comma 1, lett. c., cod. cons.: «la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario».

esplorare la complessità di simili concetti, ma è appena il caso di farvi qualche accenno propedeutico al prosieguo della trattazione.

Il "consumatore" ha anzitutto una chiara rilevanza socio-economica: egli costituisce la parte debole del rapporto giuridico, in considerazione dell'asimmetria delle poste che ne denota la posizione rispetto all'imprenditore, sia sotto il profilo economico-finanziario che sotto quello dell'informazione di cui si dispone. La definizione normativa di riferimento è quella posta dall'art. 3, comma 1, lett. *a)* del Codice del Consumo [278] che si risolve nell'attribuzione dello specifico *status* soggettivo-giuridico di "consumatore" alle sole persone fisiche che agiscano per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta[279]. Al consumatore il legislatore affianca la figura dell' "utente", in virtù della distinta natura dell'oggetto dell'atto di consumo può in concreto assumere (bene o servizio). Ciò consente peraltro di includere nell'ambito soggettivo di applicazione dell'azione di classe di settori che risultano elettivamente forieri di una rilevantissima componente del contenzioso di massa[280]. E per altro verso tale scelta normativa permette di ricomprendere nell'alveo dei legittimati passivi dell'azione non solo le imprese private, bensì lo stesso soggetto pubblico che provveda direttamente all'erogazione del servizio, come

[278] A sgombrare il campo da equivoci fu da subito il Tribunale di Torino, con l'ordinanza di inammissibilità del 4 giugno 2010 (*'Rienzi c. Banca Intesa S. Paolo'*), pronunciandosi sulla prima azione di classe promossa in Italia, a chiarire che ai fini dell'esperibilità del rimedio occorre che l'attore sia un consumatore o un utente secondo le definizioni mutuate dal codice del consumo. Cfr. nota di LUPOI, *'Fumata nera per la prima class action all'italiana'*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2012, pag. 332 ss

[279] Si tratta, come osservato da ALPA, '*Ancora sulla definizione di consumatore*', in *Contratti,* 2001, p. 206, di una definizione qualificata da una connotazione «al tempo stesso minimale e negativa: minimale, perché prende in considerazione la persona fisica; negativa, perché indica ciò che l'individuo non deve fare per potere essere considerato consumatore», con riferimento alle nozioni contenute nelle direttive comunitarie che si sono succedute nel corso degli anni. Si aggiunga poi che la giurisprudenza nazionale e comunitaria hanno si sono soprattutto concentrate negli ultimi anni a meglio esplicitare i confini della figura, specialmente con riguardo all'oggetto dell'atto di consumo e la natura degli scopi economici perseguiti, generalmente risultando concordi nell'adottare criteri ermeneutici alquanto restrittivi della nozione e della qualifica in esame (cfr. in proposito CONSOLO-BONA-BUZZELLI, op. cit., pp 63 ss.).

[280] Basti pensare a quello dei pubblici servizi o ancora dei servizi bancari, di investimento o ancora assicurativi.

chiaramente mostra di recepire il comma 12 quando accenna, seppur fugacemente, ai «gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità»[281].

[281] Ciò non deve tuttavia condurre ad una fuorviante assimilazione con il ben diverso istituto dell' «azione collettiva pubblica» (cd. *class action* "amministrativa") introdotta dal d.lgs. n. 198 del 20 dicembre 2009, da cui diverge per contenuti, finalità nonché per giurisdizione, e la cui trattazione esula dal presente scritto.

2.2. Limiti oggettivi dell'azione

Sotto il profilo soggettivo i limiti posti dalla norma corrono lungo due distinte direttrici: da un lato la natura delle situazioni giuridiche sostanziali oggetto delle pretese dedotte nel giudizio; dall'altro la riconducibilità della lesione comune a tre fattispecie tassativamente predeterminate.

2.2.1. a) L'omogeneità dei diritti

Con il rimedio predisposto dal legislatore, sono esercitati, mediante un'unica azione ed in forma aggregata, i diritti individuali di un insieme di soggetti pregiudicati dal medesimo fatto illecito del convenuto, che è definito per questa ragione "plurioffensivo"[282]. La versione attuale del comma 2 dell'art. 140-*bis* richiede, ai fini dell'esperimento dell'azione di classe, che i diritti individuali dei consumatori e/o utenti dedotti nella domanda siano «omogenei». In altri termini la norma subordina l'aggregazione delle molteplici situazioni sostanziali fatte valere in unico processo alla circostanza che condividano tale caratteristica. Come si è già brevemente accennato, la riforma del 2012 ha espunto dal testo della norma ogni riferimento al requisito della «identità», il quale, oltre ad aver sortito notevoli dubbi interpretativi, si era rivelato in definitiva di difficile configurabilità, al punto da assurgere a uno dei principali ostacoli alla piena affermazione del rimedio, conducendo il più delle volte a declaratorie d'inammissibilità dell'azione. Si tratta in buona sostanza di definire il concetto di «omogeneità», che rappresenta il vero criterio di connessione fra le distinte situazioni giuridiche soggettive coinvolte.

[282] E' evidente la natura distinta e alternativa della tutela in esame rispetto al preesistente, e per certi versi affine, istituto del litisconsorzio, contrariamente al quale alla pluralità delle situazioni sostanziali corrisponde una sola domanda e conseguentemente un solo procedimento giudiziario. Non è dato, cioè, un cumulo soggettivo di controversie distinte per oggetto ma riunite in un processo formalmente unitario per ragioni di utilità ed economia processuale.

Lo strumento concettuale attraverso il quale comprendere il meccanismo del giudizio collettivo risarcitorio è la nota distinzione fra questioni *comuni* e questioni *differenziate (o personali)*[283]. Ogni fattispecie causale deducibile mediante un'azione di classe infatti si compone di una parte necessaria condivisa da tutto il gruppo che copra almeno le questioni giuridiche di fatto o di diritto sulla base delle quali è dato accertare la responsabilità della controparte, e una parte eventuale relativa alla specifiche questioni e gli elementi che definiscono, sotto il profilo qualitativo o più frequentemente quantitativo, la situazione riferibile in modo esclusivo a ciascun interessato in veste di creditore nei confronti dell'autore dell'illecito.

Procedendo lungo la linea tracciata, la ricerca del significato tecnico da attribuire al requisito dell'omogeneità ruota attorno agli elementi oggettivi dell'azione e del rapporto giuridico di credito esercitato in giudizio per mezzo della stessa. Si tratta cioè della *causa petendi* (intesa come il titolo su cui si fonda l'azione, ossia l'insieme dei fatti costitutivi da cui dipende l'esistenza e il modo d'essere del diritto sostanziale affermato) e del *petitum* (inteso quale bene della vita che l'azione mira a conseguire, ossia l'oggetto materiale del provvedimento richiesto al giudice[284]). Nella vigenza dell'art. 140-*bis* anteriormente alla riforma del 2012, convivevano nel testo i concetti di «omogeneità» e «identità» con riferimento ai diritti individuali deducibili. Il che aveva generato un vero e proprio grattacapo per gli interpreti dal momento che, sul piano lessicale, si registrava un'irriducibile ambiguità semantica. In altri termini l'«identità» postula una perfetta e completa uguaglianza di *causa petendi* e *petitum;* a differenza della «omogeneità», che invece ammette che i predetti elementi possano parzialmente differire. Di fatto quest'ultima ricostruzione corrispondeva alla tesi sostenuta in prevalenza dalla dottrina processualcivilistica prima della riforma[285]. A

[283] Per la quale, su tutti, si rimanda alla dettagliata trattazione di DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori,* op. cit., p. 195 ss.
[284] Per una trattazione più approfondita di tali concetti si rinvia a PICARDI, op. cit., §22, 35, 133.1.
[285] In giurisprudenza invece si erano registrate posizioni notevolmente contrastanti e peraltro un'interpretazione restrittiva e rigorosa del dato testuale (ispirato dalla nozione di «identità delle questioni» di cui all'art. 103 c.p.c.) rischiava di depotenziare notevolmente le potenzialità del nuovo rimedio fin già in sede di ammissibilità. La stessa Relazione illustrativa all'art. 6 del D.L. n. 1/2012 sosteneva, infatti, che «il requisito dell'identità del

stretto rigore, infatti, le situazioni sostanziali di tipo risarcitorio, per definizione, non possono mai essere "identiche", poiché presentano inevitabilmente elementi di tipo qualitativo (la fattispecie costitutiva, leggi *causa petendi)* o di tipo quantitativo (l'esatta quantificazione del danno subito, leggi *petitum)* riferibili in modo esclusivo a ciascun interessato in quanto strettamente attinenti ad una situazione storica, prima ancora che alla fattispecie giuridica, unica ed irripetibile, su cui si fonda la pretesa esercitata[286]. Tutt'al più si possono immaginare

---

diritto, ad una interpretazione rigorosa, può rilevarsi, nei fatti, di ardua configurabilità: si pensi al fallimento di una banca d'affari. Ogni consumatore, avendo sottoscritto titoli in tempi diversi, investendo somme diverse, sarebbe titolare di una situazione soggettiva unica e irripetibile». Meritano di essere citate alcune lungimiranti pronunce ante riforma che, concordando sostanzialmente con le conclusioni dottrinali, attutirono l'impatto del requisito dell'«identità», suggerendo di non configurarlo in senso eccessivamente stringente: in particolare le ordinanze "gemelle" del Tribunale di Roma, 25 marzo 2011 *('Codacons c. Unicredit'*), che hanno risolto il contrasto tra il requisito dell' «omogeneità» (comma 1) e quello più rigoroso dell' «identità» (comma 2) nel senso di assegnare valore determinante agli elementi oggetti dell'azione proposta, *petitum* e *causa petendi,* quest'ultima da concepirsi sia come ragione giuridica della pretesa sia come insieme di circostanze fattuali da cui trae fondamento il diritto esercitato: «mentre la nozione di "omogeneità" è riferita ai diritti, quella di "identità", pur essendo anch'essa letteralmente legata ai diritti, deve essere interpretata per ragioni logiche, sistematiche e teleologiche come riferita agli elementi oggettivi dell'azione: come a dire che i diritti omogenei nella misura in cui siano identici il *petitum* e la *causa petendi* della causa introdotta. D'altronde, tale soluzione ermeneutica trova fondamento nello stesso dato testuale dell'art. 140-*bis*: nel primo comma, difatti, si parla di "diritti individuali omogenei di cui al comma secondo", ossia il comma in cui i diritti suscettibili di tutela sono invece definiti "identici"». E ancora Ap. Roma, 27 gennaio 2012 (*'Codacons c. Soc. British American Tobacco'*) che in buona sostanza riteneva soddisfatto il requisito dell'identità «qualora, fermo l'accertamento concernente la condotta dannosa ed il nesso di causalità tra la stessa ed il danno, gli accertamenti da compiere in via istruttoria in ordine alla posizione dei singoli ricorrenti o aderenti alla classe, nella seconda fase del giudizio, sia circoscritta al solo profilo del *quantum».*

[286] Si consenta il rinvio ad alcuni esempi chiarificatori tratti da MENCHINI-MOTTO, *Art. 140 bis*', in www.judicium.it *(Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa)*, 2010, poi confluito in '*L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.'*, in *Le nuove leggi civ. comm*., 2010, p. 7, nota 13-14: «d esempio, un farmaco ha provocato danni alla salute a coloro ai quali esso è stato somministrato; tuttavia, solo da un certo momento la casa farmaceutica ha accompagnato la commercializzazione del prodotto con informazioni specifiche in ordine alle caratteristiche dello stesso; ai fini della prova del nesso di causalità, differenti sono le posizioni di coloro che hanno fatto uso del farmaco prima oppure dopo la pubblicazione delle informative, per cui, considerata la differenza tra le situazioni dei due gruppi di consumatori, […]. Un ulteriore esempio: una vettura presenta difetti costruttivi; tutti gli acquirenti hanno diritto alle necessarie riparazioni, ma soltanto alcuni hanno diritto al risarcimento del danno alla persona subito in incidenti stradali, per la cui realizzazione è stato accertato essere causa o concausa il vizio del mezzo; la condotta illecita plurioffensiva è la stessa, ma le conseguenze che ne sono derivate sono diverse, per cui le questioni rilevanti, ai fini del ristoro dei danni subiti dai singoli, sono differenti; non è possibile l'introduzione di un'unica azione inclusiva delle posizioni di tutti i danneggiati, le quali, essendo disomogenee, debbono essere trattate e valutate diversamente. […] Ancora un esempio: l'impresa farmaceutica, citata per i danni subiti da una moltitudine di consumatori a causa dell'uso di un farmaco, si difende rilevando che il fumo costituisce concausa della malattia riscontrata; ciò impone il compimento di complesse indagini che interessano soltanto una parte dei membri della classe (coloro che sono fumatori), per cui, con ogni probabilità, è opportuno escludere tali soggetti dall'azione collettiva».

situazioni caratterizzate da un alto grado di similitudine. L'«omogeneità» deve essere intesa pertanto in termini relativi, ovvero come rapporto di "comunanza"[287]. A conforto di tale ipotesi ricostruttiva depone il dato testuale secondo cui l'azione di classe è volta alla tutela «dei diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti, di cui al comma 2» e si sostanzia in una domanda avente ad oggetto ad un tempo «l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori»[288]. L'accertamento dell'illecito e dell'esistenza delle condizioni per dichiarare la responsabilità del professionista (il cd. *an debeatur)* costituisce, secondo l'impianto attuale, unicamente il presupposto per giungere ad una sentenza definitiva che accoglie nel merito la domanda proposta, la quale si caratterizza ulteriormente per avere un contenuto sanzionatorio di condanna[289]: per mezzo della stessa infatti il giudice provvede direttamente alla

[287] Da ultimo, nello stretto ambito delle pronunce di accoglimento di un'azione di classe in Italia, si segnala la sentenza Trib. Torino del 10 aprile 2014 ('*Altroconsumo c. IntesaSanPaolo s.p.a.*'), che in tempi successivi alla riforma ha ritenuto che «l'identità dei diritti individuali tutelabili non deve essere intesa secondo un improponibile senso letterale, ma piuttosto armonizzata con la previsione di omogeneità di tali diritti, contenuta nel primo comma dell'art. 140 bis, e quindi verificata in relazione al *petitum* (da intendere come oggetto di tutela richiesta, senza che abbia rilievo la ovvia diversità della specifica entità del danno subito) e alla *causa petendi*». Nonché poi l'importante apertura da parte di Ap. Milano, ordinanza 3 marzo 2014 ('*Centro diritti cittadino e altro c. Soc. Trenord'*) in *Giur. it*., 2014, p. 1912 con nota di GIUSSANI, '*Ancora sulla tutelabilità con l'azione di classe dei soli diritti "omogenei",* che, rovesciando la decisione del giudice di prime cure, ha ritenuto che «la diversificazione sotto il profilo delle specifiche conseguenze non fa venire meno l'omogeneità, potendo al più incidere sul *quantum* spettante a ciascuno. […] Non è possibile pretendere che la posizione giuridica di un aderente sia del tutto sovrapponibile a quella di un altro, poiché ciò si risolverebbe in una sostanziale abrogazione della norma e contrasterebbe con l'intento legislativo che ha utilizzato l'aggettivo "omogenei" in coerenza con le suddette finalità della disposizione, essendo le fattispecie assimilabili in virtù di caratteri comuni ma non identici. […] Nell'azione di classe l'omogeneità tra i diritti individuali del proponente e dei potenziali aderenti […] si ravvisa nel caso in cui la fonte del danno sia comune per tutti e la quantificazione del risarcimento appaia effettuabile in base a criteri uniformi». La visione espressa nelle due pronunce sembra essere quella maggiormente adeguata alla ratio della modifica legislativa volta ad una applicazione più elastica di questo requisito.

[288] Comma 2, prima parte.

[289] Il punto è peraltro controverso, non avendo la norma provveduto a chiarire se l'azione di classe abbia un unico (l'accoglimento delle pretese risarcitorie/restitutorie rispetto a cui la responsabilità del convenuto è conosciuta *incidenter tantum*) ovvero duplice oggetto (se tale responsabilità si affianchi al riconoscimento dei diritti individuali). Si tratta di una questione interpretativa di assoluto rilievo «soprattutto allo scopo di stabilire se la sentenza che accoglie la domanda possa produrre effetti rispetto ai giudizi individuali, promossi in via separata da coloro che non abbiano aderito alla causa della classe. Infatti, solo se si ammette che l'accertamento dell'illecito, che integra il titolo dell'azione, avviene con efficacia di giudicato, si può riconoscere al provvedimento di accoglimento efficacia vincolante, circa tale aspetto, nei processi singoli promossi da chi è rimasto estraneo alla controversia di gruppo; in caso contrario, prima ancora di eventuali barriere di carattere

liquidazione delle somme definitive riconosciute a titolo risarcitorio e/o restitutorio (il cd. *quantum)*[290]. E' invece escluso, a meno di compiere una evidente forzatura interpretativa, che il processo di classe possa addivenire a pronunce di mero accertamento della responsabilità[291].

Risulta quindi evidente che con l'azione in questione sono fatti valere in giudizio i diritti di credito dei singoli individui coinvolti (proponenti o aderenti che siano). In altri termini il riconoscimento di ciascun credito individuale è strettamente dipendente o dalla comune origine dal medesimo fatto costitutivo o dalla risoluzione di una comune questione (di fatto o di diritto) a rilevanza collettiva[292]. La *causa petendi* assurge in definitiva a minimo comune denominatore dell'insieme dei diritti «omogenei» dedotti[293]. Ad essa è legata dallo stesso filo non soltanto l'esistenza della classe e della domanda giudiziale proposta, bensì anche la realizzazione delle funzioni di economia processuale, di rappresentanza e di rispetto del diritto di difesa del convenuto, che tipicamente connotano la natura dell'istituto in esame.

---

soggettivo, sono i profili oggettivi della decisione a costituire un ostacolo insormontabile alla propagazione degli effetti dell'accertamento reso nel processo di classe rispetto alle cause individuali. Il comma 12, che si occupa del contenuto della sentenza, non fa alcun riferimento all'accertamento della responsabilità del convenuto, quale oggetto della pronuncia del giudice, lasciando presagire che la cognizione circa tale elemento avvenga senza efficacia di giudicato; d'altro canto, l'oggetto del processo sono le situazioni sostanziali omogenee dei singoli, rispetto alle quali la condotta denunciata è fatto costitutivo, di guisa che essa integra una questione preliminare di merito, che, in quanto tale, è risolta *incidenter tantum*» (MENCHINI-MOTTO,op. cit.,1416 ss)

[290] Il previgente regime (legge n. 244/2007) prevedeva al contrario che, in caso di accoglimento della domanda, il giudizio si sdoppiasse in due fasi: una prima fase contenziosa di tipo "aggregato" rivolta all'accertamento dell'illecito nell'interesse dell'intera classe partecipante, e una seconda non contenziosa "individuale" (cd. giudizio di completamento), che spettava a ciascun avente diritto avviare tempestivamente per ottenere l'accertamento e la liquidazione della propria pretesa secondo i criteri stabiliti dal giudice.

[291] Il punto è stato chiarito dalla Corte appello Torino, 27 ottobre 2010, (*'Rienzi c. Banca Intesa S. Paolo'*): «L'azione di classe ex art. 140 bis cod. consumo tende esclusivamente alla condanna al risarcimento del danno e/o alle restituzioni in favore dei consumatori. È un'azione di natura risarcitoria e non meramente accertativa. Ne consegue che non possano essere trattate con le sue forme azioni di mero accertamento quali quelle volte alla mera dichiarazione della nullità di clausole contrattuali».

[292] Riecheggia in proposito il testo della FRCP 23(a)(2), laddove si riferisce alle «questions of law or fact common to the class».

[293] DONZELLI*,* ult. op. cit.*,* p.257 schematizza, come segue, il concetto di «omogeneità»: «la loro fattispecie causale ha una parte (necessaria*) comune*, ed una parte (eventuale) *differenziata*; b) la parte *comune* deve coprire almeno le questioni giuridiche in fatto e in diritto sulla base delle quali è dato accertare la responsabilità della parte imprenditoriale; c) la parte *differenziata*, come detto eventuale, può coprire tutto l'arco delle questioni da cui dipende l'estensione della responsabilità, ovvero le questioni da cui dipende la determinazione del *quantum* dovuto».

Non è pensabile infatti di attuare una efficiente e celere tutela cumulativa del fascio di diritti dedotti se la decisione del giudice si perda nei meandri delle infinite questioni che attengono a ciascun rapporto giuridico intercorso tra il singolo danneggiato e il convenuto[294]. L'aggregazione delle differenti pretese sostanziali in un'unica domanda e in un processo unitario richiede al contrario che tale decisione si fondi quasi esclusivamente su valutazioni di tipo comune. Rispetto alla fase puramente pregiudiziale al risarcimento, consistente nell'accertamento della responsabilità del convenuto e del verificarsi di un danno, la complessità del fatto comporta una fisiologica perdita di precisione, rispetto al giudizio individuale, in punto di determinazione delle questioni "comuni" o "omogenee". Perché si possa adeguatamente tener conto della specifica natura del giudizio collettivo, è infatti necessario l'apprezzamento seriale delle diverse pretese possa essere agevolato da una prova meno rigorosa del nesso di causalità. A tal proposito, specialmente nell'esperienze storicamente consolidate di *class action*[295], è frequente, spesso inevitabile, il ricorso alla prova scientifica ed in particolare di quella statistica ai fini della dimostrazione di una causalità *generale* che ricolleghi la condotta illecita plurioffensiva (istantanea o frutto di singole vicende illecite di natura seriale) ai danni subiti da ciascuna vittima.

Essendo del tutto inesistenti o trascurabili le specificità personali, queste semmai riemergono circoscritte alle sole operazioni di mera determinazione dell'ammontare del credito risarcitorio e/o restitutorio in favore di ciascun interessato. Ciò avviene, solitamente, nell'ambito di una seconda fase all'interno dello stesso giudizio ovvero di successivi giudizi

[294] Il punto è sintetizzato *ibidem,* p. 224: «Il fatto che la controversia verta su questioni «omogenee», infatti, evita la duplicazione del processo sulla medesima questione ed al contempo garantisce che il proponente, divenuto attore collettivo, ed il convenuto possano apprestare le proprie difese in termini adeguati alla reale essenza della controversia. Se, infatti, si trattassero come identiche questioni che in realtà non lo sono, si potrebbero realizzare sul fronte processuale delle distorsioni della realtà sostanziale tali da rendere l'esito del giudizio non più rispondente alla realtà delle cose».

[295] In particolare, con riferimento alla *class action* statunitense, MENCHINI-MOTTO osservano che: «le regole probatorie in ordine al nesso di causalità, che permettono il ricorso a valutazioni di tipo meramente probabilistico, basate su statistiche e campioni, fanno sì che i giudizi risarcitori presentino forti caratteri di standardizzazione e che diminuisca alquanto il rilievo degli aspetti individuali, con la conseguente agevolazione, in presenza di illeciti plurioffensivi, della concentrazione in un'unica vicenda processuale dell'accertamento della responsabilità e della determinazione del danno» (op. cit., p.1421)

cd. "di completamento" individuali, finalizzati all'accertamento del nesso causale *specifico* e alla quantificazione del *quantum* del danno riconosciuto. In altri termini, riemerge in questa fase l'esigenza di apprestare adeguate garanzie individuali e di consentire quindi una più attiva partecipazione dei titolari di diritti coinvolti nell'accertamento delle questioni personali.

La complessità dell'accertamento infatti aumenta esponenzialmente in ragione dell'influenza che le variabili soggettive e personali esercitano sulla dinamica del fatto giuridicamente rilevante[296]. E' chiaro, pertanto, che la partita dell'effettività del rimedio si gioca in gran parte sulla precisa delimitazione del grado massimo di differenziazione compatibile con il giudizio collettivo[297]. Da questo punto di vista indicazioni importanti provengono ancora una volta dal modello della *class action* d'oltreoceano. La *Rule 23* infatti onera il giudice del delicato compito di stabilire i limiti entro cui la presenza di questioni

[296] Per sintetizzare il concetto si prenda a prestito la motivazione dell'ordinanza di inammissibilità del Tribunale Roma, 11 aprile 2011 ('*Codacons c. B.A.T. s.p.a.*'), secondo cui «la tutela cumulativa può avvenire soltanto in quei casi in cui, per le caratteristiche della fattispecie sostanziale, la decisione del giudice si può basare esclusivamente su valutazioni di tipo comune, essendo del tutto inesistenti o marginali i temi personali; non già nell'ipotesi in cui le questioni individuali da accertare – accertamento che si pone come presupposto logico giuridico della condanna – superino le eventuali questioni comuni a ciascun componente, e le caratteristiche dei diritti azionati impediscano una liquidazione dei danni omogenea e unitaria per tutte le pretese potenzialmente azionabili».

[297] Più in particolare, i fatti complessi possono qualificarsi come tali sia sotto il profilo oggettivo, quando cioè non sono riconducibili ad un evento semplice e specifico, ma ad un insieme di atti che talora si snodano lungo un significativo arco temporale. Come specificato da MENCHINI-MOTTO, op. cit., p.6, «le più pretese sono connesse o per identità del titolo (connessione causale) o per identità delle questioni da risolvere (connessione impropria). Per l'esattezza, la vicenda sostanziale all'interno della quale si annida l'illecito plurioffensivo è unica (ad esempio, essa consiste nel cartello di più compagnie, concernente l'applicazione di certi prezzi ai consumatori per la fornitura di un determinato servizio); essa, però, per lo più, si concretizza in una serie di atti, fatti o negozi individuali, che, in quanto meramente attuativi, sono essi stessi illegittimi (proseguendo con l'esempio, i singoli contratti di fornitura che applicano il prezzo concordato). Dunque, i singoli diritti risarcitori e restitutori hanno titolo in fatti costitutivi analoghi (i contratti individuali), che, però, si collocano in una più ampia e complessa attività contra ius dell'impresa che sta a monte».
La complessità può poi aversi peraltro sotto il profilo soggettivo, qualora la natura composita del fatto non dipenda dalla struttura o dalla durata, bensì vada ricercata nella sua dimensione soggettiva, caratterizzata dalla riferibilità a più soggetti. Come specificato da DONZELLI, ult. op. cit., p.220: «Come la pratica commerciale può avere un diverso effetto secondo il soggetto che la subisce, a maggior ragione la pericolosità e la dannosità di un certo prodotto o di una sostanza tossica, dipendono inevitabilmente da una serie di elementi soggettivi, quali lo stile di vita del soggetto, i fattori ereditari, nonché ulteriori elementi concorrenti. In altri termini la dimensione collettiva opera un effetto moltiplicatore della complessità, in quanto ogni soggetto contribuisce in proprio e differenziatamente allo sviluppo del fenomeno che, nella sua dimensione collettiva, può apparire unitario ed indifferenziato, ma analiticamente è composto da una pluralità di diverse circostanze».

differenziate non impedisce la gestione collettiva della controversa. Nel farlo, la norma indica una serie di criteri da tenere in debita considerazione nello svolgimento di tale compito. Anzitutto, in sede di *certification,* si richiede che le questioni comuni alla classe risultino prevalenti rispetto a quelle differenziate (*predominance)* e che il giudizio collettivo si presenti come lo strumento che più degli altri possa garantire un processo giusto ed efficiente (*superiority)*[298]. Per altro verso, al fine di restringere ulteriormente l'area delle questioni differenziate isolandole il più possibile, il giudice è autorizzato ad individuare all'interno della classe "madre" una o più sottoclassi, ossia gruppi più ristretti di questioni comuni[299]. Sono questi i principali strumenti processuali di cui l'organo giurisdizionale è investito allo scopo di adattare la struttura dell'azione di classe alle esigenze di tutela specifiche che, di volta in volta, si riscontrino nel caso concreto, senza per ciò compromettere la realizzazione delle funzioni generali di garanzia processuale dei soggetti coinvolti (cd. *due process*[300]*)* ed efficienza del procedimento. Dopo aver individuato i criteri di determinazione del grado di disomogeneità delle questioni tollerabile, si tratta cioè di affrontare il problema successivo, concernente il trattamento delle questione differenziate.

Sul fronte interno, l'art. 140-*bis* non sembra agevolare affatto il gravoso compito del giudice. La norma non fornisce criteri utili all'accertamento delle questioni personali, né è ipotizzabile una ricostruzione esegetica che troppo si discosti dallo scarno dettato[301]. In assenza di ulteriori indicazioni positive, soccorre la previsione successivo comma 12 a

---

[298] FRCP, Rule 23(b)(3): «the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy». A tale scopo è poi previsto che tale operazione avvenga tenendo conto di una serie di aspetti menzionati alle lettere A-D.

[299] FRCP, Rule 23(c)(4)(B)

[300] Si tratta del concetto di «garantismo collettivo» fondato sull'adeguata rappresentatività, per riprendere un'efficace espressione coniata da CAPPELLETTI, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile,* cit., spec. p.401

[301] In senso critico a simili tentativi si esprime GIUSSANI, *'L'azione di classe: un primo bilancio'*, in *Riv. dir. proc.,* 2012, p.1180 ss.: «Continuano inoltre a mancare disposizioni da cui possa evincersi, come pure talvolta si e` prospettato in dottrina e si e` affermato in una isolata giurisprudenza, l'inammissibilità di azioni di classe in cui le questioni comuni non siano *predominanti*: anche la sollevazione di eccezioni personali nei confronti di alcuni soltanto dei componenti della classe non impedisce comunque affatto la pronuncia sul merito dell'azione di classe. […] E' difficile per chi scrive comprendere da dove il requisito della predominanza possa provenire, se non da suggestioni derivate dalla Federal Rule of Civil Procedure 23(b)(3) statunitense».

chiarire uno dei profili di maggiore criticità per la corretta e migliore applicazione del rimedio nel cd. diritto vivente. Esso disciplina i due possibili esiti del giudizio, formulati in via alternativa, in caso di accoglimento della domanda: a) il giudice «pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'art. 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione»; ovvero b) «pronuncia sentenza di condanna con cui stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme». In sostanza la sentenza accoglimento può consistere in una condanna "generica" o "specifica" a seconda del diverso grado di differenziazione delle situazioni sostanziali accertate. Qualora sia possibile procedere ad un apprezzamento "standardizzato" del danno mediante liquidazione equitativa (*ex* art. 1226), il giudice provvederà ad emettere un provvedimento immediatamente esecutivo con cui dispone il pagamento delle somme a favore della classe[302]. Di contro, qualora il grado di differenziazione fra le pretese non sia in tal modo superabile, il giudice si limiterà ad emettere condanna "generica". In tal caso, affinché gli aventi diritto possano ottenere la liquidazione del *quantum* spettante, viene predisposta un'ulteriore appendice interna al processo rivolta all'accertamento delle questioni personali residue, anziché rinviare a successivi processi individuali di completamento[303]. Non è invece consentita l'irrogazione dei danni cd. punitivi in ragione della particolare gravità dell'illecito commesso[304].

---

[302] Può a tal proposito rilevarsi come, rispetto al sistema codicistico nel quale la determinazione del danno con criteri di equità ha natura residuale, trovando applicazione nei soli casi in cui esso non possa essere provato nel suo preciso ammontare, nell'ambito della azione di classe, l'art. 1226 c.c. opera in modo necessario e diretto, sicché si assiste ad una sostituzione delle regole ordinarie, in materia di prova e di determinazione del danno risarcibile, con quelle informate all'equità. La scelta in questione, vale a dire il disporre che la liquidazione delle somme dovute avvenga nello stesso modo per tutti i creditori, si rivela il metodo comparativamente più efficace al fine di evitare il compimento di giudizi individualizzati, con chiara volontà di favorire l'accesso alla tutela in forma collettiva e il suo accertamento in forma generalizzata. Si consideri emblematico il richiamo effettuato, sempre dal comma 12, alle carte dei servizi emanate dai gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, le quali, in caso di inadempimento da parte del gestore alle obbligazioni assunte, prevedono forme di indennizzo automatico a carattere forfettario a favore dei consumatori e degli utenti.

[303] Naturalmente nell'ambito di questi ultimi giudizi, sono precluse tutte le questioni concernenti gli aspetti già valutati e decisi con la sentenza collettiva, ossia i profili relativi all'*an* del credito, al nesso di causalità (sia astratto che specifico), e ai criteri di calcolo fissati dal tribunale.

[304] Si è discusso a lungo circa la compatibilità dell'istituto con l'ordinamento italiano. Allo stato attuale, la ferma opposizione da un lato del settore industriale (animato dal timore di condanne esorbitanti nei confronti delle imprese convenute *ex* art.140-*bis)*, dall'altro degli ambienti dottrinali più tradizionalisti (che vedono nell'innesto una forma di tutela troppo distante con la nostra cultura giuridica), hanno impedito la sua recezione. D'altronde,

Ciò che rileva in definitiva, ai fini del soddisfacimento del requisito della «omogeneità», è la comune fonte dell'illecito subito dai consumatori, mentre risulta irrilevante l'eventuale diversità del danno nella quantificazione relativa a ciascuna pretesa, si vi è, ed è questo il caso, il criterio (equitativo o *ad hoc*) per determinare in modo analogo le poste risarcitorie[305]. Tale possibilità è stata introdotta dalla stessa l. 27/2012, chiarendo definitivamente uno degli aspetti che più aveva destato dubbi e perplessità fra gli interpreti e avvicinando decisamente la disciplina nostrana a quella statunitense[306]: la presenza in giudizio di questioni non comuni alla classe non costituisce un ostacolo alla prosecuzione dell'azione in forma collettiva[307].

---

anche le più recenti pronunce rese dai giudici italiani in sede di riconoscimento dei provvedimenti stranieri continuano a sostenere la violazione inferta dalle condanne ad *exemplary damages* delle regole generali di ordine pubblico. V. in particolare Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, commentata da FAVA, '*Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco',* in *Corr. giur.,* 2007, p. 498 ss.

[305] Ma pongono alcuni interessanti dubbi MENCHINI-MOTTO, op. cit., p.1421 ss: «In questo modo, si introduce un sistema che cerca di superare la specificità dei criteri di determinazione del credito, favorendo il ricorso a metodi di applicazione generalizzata: il danno è standardizzato e la sua liquidazione, proprio perché basata su determinazioni equitative, avviene in modo omogeneo rispetto a tutti i consumatori. Di conseguenza, vi sono maggiori spazi per l'utilizzo della tutela in forma collettiva. Tuttavia, i problemi si riducono, ma non scompaiono: il (complessivo) danno risarcibile continua ad essere costituito dalla sommatoria dei diritti individuali, resta la necessità di provare che il fatto dannoso è la causa diretta del pregiudizio, il risarcimento rimane rappresentato dalla riparazione dei torti subiti, sotto il duplice profilo del ristoro delle perdite e della valorizzazione del mancato profitto. Ciò comporta che il rimedio in forma collettiva è ipotizzabile soprattutto se i danni risarcibili sono di tipo patrimoniale; al contrario, difficoltà spesso insormontabili si pongono per il ricorso alle azioni di classe in caso di danno non patrimoniale. Infatti, per lo più, non soltanto per la determinazione del *quantum,* ma anche per la verifica della sussistenza del danno morale ed esistenziale, occorre valutare una molteplicità di variabili individuali, è necessario indagare in ordine a circostanze specifiche che riguardano in modo esclusivo ciascuno degli appartenenti alla classe, per cui l'impiego di un unico giudizio si rivela non proficuo, in quanto nella fattispecie concreta non sono ravvisabili la ricorrenza e la prevalenza dei temi comuni».

[306] Taluno, infatti, si è spinto fino a ritenere che l'omogeneità debba intendersi quale corrispondente della *commonality* anglosassone, senza che sia necessaria l'identità degli elementi oggettivi dell'azione.

[307] Da ultimo, la Corte di Appello di Milano si è espressa sul punto col provvedimento del 3 marzo 2014 (*'Centro diritti cittadino e altro c. Soc. Trenord')* già citata *retro*, nota 37.

2.2.2. (segue) b) Le fattispecie lesive rilevanti

All'interno del perimetro maggiore dell'«omogeneità», peraltro, s'inserisce un ulteriore criterio selettivo da tenere separato. Non è sufficiente che le situazioni soggettive sostanziali fatte valere siano riconducibili ad un atto di consumo, contrattuale o extracontrattuale, ma è necessario inoltre che esse ricadano in una delle fattispecie tassativamente elencate dal comma 2 dell'art. 140-*bis*[308]*:* a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile; b) i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; c) i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

L'omogeneità dei diritti soggettivi suscettivi di essere risarciti in via collettiva ai sensi della lett. a) è determinata dalla comunanza delle clausole illegittime o delle condizioni inique che accedono al regolamento negoziale stipulato, a prescindere dalla circostanza che esse siano predisposte stabilmente dall'impresa mediante l'inserzione di moduli/formulari (*ex* art. 1342 c.c.) o nelle condizioni generali (*ex* 1341 c.c.), ovvero siano di volta in volta riprodotte serialmente all'interno di ciascun contratto, di fatto resi uniformi nei contenuti sostanziali.

[308] A ben vedere, l'ultima parte della lettera b) e la lettera c) fanno intendere che la figura del consumatore che rileva non si limita al solo contraente, ma coinvolge molteplici situazioni giuridiche talvolta anche tra loro distanti. Nell'ambito del ciclo di conumo descritto dal Codice del consumo, il contratto rappresenta infatti il segmento centrale, ma non l'unico, attraverso il quale si realizza la «circolazione dei beni e dei servizi» (Parte III, cd. fase di "negoziazione"). Pertanto, esso non può essere considerato isolatamente, bensì analizzato partendo dalla fase antecedente relativa alla «educazione, informazione, pubblicità» (Parte II, cd. fase di "persuasione"), sino alla fase successiva relativa alla «sicurezza e qualità» (Parte IV, cd. fase di "fruizione"). Le diverse vesti che il consumatore assume nell'ambito del ciclo di consumo manifestano la volontà del legislatore di considerare complessivamente i diversi momenti in cui esso si articola, al fine di estendere quanto più possibile la protezione del contraente debole. In argomento v. CATRICALA'-PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori,* Dike giuridica, 2013, p. 1-15

La seconda tipologia, di cui alla lett. b), abbraccia invece la responsabilità del "produttore" per i danni cagionati dai suoi prodotti/servizi. Implicitamente si fa riferimento alla fattispecie recepita dall'Italia all'art. 114 cod. cons., in attuazione della direttiva n. 85/374/CEE, secondo cui: «Il produttore è responsabile del danno cagionato da difetti del suo prodotto[309]». Peraltro, la superfluità del rapporto contrattuale rivela chiaramente la vocazione estensiva della norma, volta ad ampliare il novero dei soggetti potenzialmente coinvolti, con riferimento tanto alle vittime quanto dei responsabili[310].

Il terzo gruppo, di cui alla lett. c), annovera infine i danni patiti dai consumatori/utenti in conseguenza della violazione di determinati obblighi di protezione e di informazione. Sebbene le pratiche commerciali scorrette[311] e le condotte anticoncorrenziali[312] possano pregiudichino l'insieme dei consumatori in quanto tali, a prescindere dalla concreta stipulazione di un negozio, è necessario che le pretese oggetto dell'azione di classe abbiano

[309] Il concetto di "difetto" è poi esplicitato dal successivo art. 117: «Un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze, tra cui: a) il modo in cui il prodotto è stato messo in circolazione, la sua presentazione, le sue caratteristiche palesi, le istruzioni e le avvertenze fornite; b) l'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato e i comportamenti che, in relazione ad esso, si possono ragionevolmente prevedere; c) il tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione. […] Un prodotto è difettoso se non offre la sicurezza offerta normalmente dagli altri esemplari della medesima serie».

[310] Per un verso, infatti, la lettura sistematica del codice di settore suggerisce, a tal proposito, di intendere per "produttore" l'insieme dei soggetti a diverso titolo coinvolti non solo nella catena produttiva, ma anche in quella distributiva del prodotto/servizio difettoso (quindi anche il "fornitore" *ex* art. 116 cod. cons.). Per altro, dal lato attivo, sono legittimati ad agire per promuovere all'azione *ex* art.140-*bis* non solo coloro che hanno acquistato direttamente il prodotto/servizio (cd. *empoters)*, ma anche ogni altra persona che occasionalmente sia venuta a contatto con esso subendone un danno (cd. *bystanders)*.

[311] In termini generali definibili *ex* artt. 20 ss. cod. cons. come quelle pratiche (aggressive o ingannevoli) contrarie alla diligenza professionale, false o idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che esse raggiungono o al quale sono dirette.

[312] Le condotte anticoncorrenziali che più facilmente possono dar luogo ad azioni di classe da parte dei consumatori sono le *intese orizzontali* (*ex* art. 2 l. n. 287/1990 e art. 1010 TFUE) tra produttori di beni o servizi, volte a concordare prezzi, quantità o la spartizione dei mercati (le c.d. intese *hard-core* o cartelli), così come gli *abusi di posizione dominante* (*ex* art. 3 legge n. 287/1990 e art. 102 TFUE). Questi illeciti, caratterizzati da un aumento dei prezzi o dal peggioramento delle condizioni di mercato, possono colpire *serialmente* e con *modalità analoghe,* direttamente o indirettamente, una pluralità di consumatori, talché il diritto al risarcimento dei danni subiti dai singoli consumatori potrebbe essere azionabile con la *class action*, indipendentemente dall'eventuale difformità delle conseguenze dannose di detti illeciti. Analoghe considerazioni possono farsi in relazione ad un'altra tipologia di illecito antitrust, ancorché nella pratica più rara. Trattasi delle *operazioni di concentrazione* (fusioni e acquisizioni), realizzate in violazione delle norme nazionali o comunitarie (artt. 5, 6 legge n. 287/1990; Reg. CE 139/04).

ad oggetto danni specifici distinti da quelli concernenti la lesione dell'interesse "collettivo" alla lealtà, correttezza e trasparenza del mercato[313].

In conclusione, in ciascuna tipologia, è dato osservare che lo spazio operativo riservato al rimedio coincide quasi esclusivamente con l'ambito dei cd. "microcrediti" risarcitori/restitutori occasionati da rapporti di consumo di matrice comune (consistente nell'unico e identico atto o in un comportamento addebitato all'impresa convenuta[314]). Di conseguenza l'accertamento del danno non presupporrà un'istruttoria personalizzata, ma piuttosto potrà far leva su forme di ristoro tendenzialmente "standardizzate" relativamente alla quantificazione dell'entità risarcibile, in quanto stimabile in base ad un parametro omogeneo (come ad es. il valore, identico o proporzionale alla quantità, del bene o del servizio richiesto)[315]. Non è quindi esclusa, in linea teorica, la possibilità di ottenere un risarcimento aggregato per danni non patrimoniali cagionati dalle fattispecie lesive predette, a condizione che, tuttavia, la liquidazione delle poste non comporti la necessità di accertamenti

[313] Il punto è chiarito da CONSOLO-ZUFFI, op. cit., p.76: «In altri termini, se è vero che l'attuale art. 140-*bis* cod. cons. intende offrire riparazione alla lesione di diritti individuali facenti capo ad una pluralità di consumatori od utenti, non è detto che tra quei diritti non figurino anche quelli che un tempo sarebbero stati detti adespoti e che perciò, se pregiudicati in modo tale da richiedere una tutela a vocazione necessariamente individuale, quale è quella risarcitoria, possono trovare riscontro in questa nuova dimensione giudiziale, posto che l'azione collettiva inibitoria, per quanto se ne forzino i confini, non può giovare a tali fini».

[314] V. Appello Milano, 9 maggio 2011, secondo cui: «una situazione contrattuale identica può ravvisarsi nel caso di consumatori che abbiano concluso contratti che, seppur distinti ed autonomi, presentino un medesimo contenuto o comunque siano diretti a regolare diritti uguali ovvero nel caso in cui i membri della classe siano stati lesi da un comportamento unitario o da più atti di identica portata reiterati nel tempo ed idonei a ledere i loro diritti». Con specifico riguardo alle ipotesi di cui alle lett. b) e c), i giudici milanesi opinano che l'identità delle pretese fatte valere riguarda essenzialmente «il titolo ovvero l'atto illecito idoneo a danneggiare la classe, che dovrà necessariamente manifestarsi in un comportamento unitario o comunque reiterato nel tempo».

[315] Chiarificatore CONSOLO-ZUFFO, op. cit., sul punto: «Nell'ipotesi di un'azione di classe promossa per il risarcimento dei danni derivanti dall'uso di condizioni o clausole seriali inique o da una pratica commerciale scorretta il *quantum* spettante ai singoli aderenti dovrebbe risultare pressoché identico, tant'è che presumibilmente queste saranno le ipotesi in cui il Tribunale addiverrà con maggior frequenza all'emanazione di una sentenza di condanna piena. Analogo esito dovrebbe prospettarsi pure laddove venga addebitato all'impresa un comportamento anticoncorrenziale, posto che gli aderenti chiederanno tutti l'eguale ritorno del sovrapprezzo pagato a cagione dell'abuso di posizione dominante» (p.89, nota 38).

specifici e assai gravosi, da condurre su base individuale [316] .

[316] *ibidem, «*Più problematico è l'ambito della responsabilità da prodotto difettoso, in quanto il catalogo dei danni patiti da ciascun consumatore finale potrebbe rivelarsi assai variegato ed esigere accertamenti puntualmente riferiti ad ogni situazione (si pensi ai diversi sintomi e al differente decorso delle malattie cagionate dalla distribuzione di un bene dannoso per la salute; alle difficoltà di dimostrare caso per caso la sussistenza del nesso eziologico tra l'insorgenza della patologia e l'utilizzazione del prodotto e così via). Queste considerazioni inducono a presagire che in una simile evenienza il giudice dichiarerà l'azione di classe inammissibile perché manca l'identità dei diritti individuali o, meglio, perché eccessiva è l'incidenza delle circostanze e delle questioni "singolari". […] Il problema da risolvere è se il danno biologico o il danno per lesione di diritti della persona possano essere liquidati sulla base di un "criterio omogeneo di calcolo". La risposta a questo quesito dovrebbe essere, in linea di principio, negati- va. I danni legati alla persona non dovrebbero essere mai liquidati in modo forfetario, ma solo a seguito di accertamento della concreta sofferenza subita dal danneggiato e dell'idoneità che la disponibilità di una certa somma di denaro può avere, a fini di ristoro del danno. Si deve però riconoscere che questa concezione del danno personale risarcibile tende ad essere sostituita, nella pratica giudiziaria, dall'applicazione di criteri tabellari e quindi forfetari (criterio peraltro legislativamente recepito, almeno per il "danno biologico per lesioni di lieve entità" dall'art. 138 del codice delle assicurazioni). Dove siano applicabili criteri tabellari preesistenti all'esperimento dell'azione di classe, non si vede dunque ostacolo all'esperimento dell'azione di classe per i relativi danni».

3. La legittimazione "*ibrida*"

Con riferimento al profilo della titolarità del potere di azione, la prima versione dell'art. 140-*bis* mai entrata in vigore, riconosceva la legittimazione ad agire in via collettiva *in primis* alle associazioni dei consumatori predeterminate *ex* art. 137 cod. cons.[317] (per un verso già legittimate all'esercizio dell'azione collettiva inibitoria *ex* art. 139 cod. cons), nonché contestualmente alle formazioni collettive (associazioni e comitati) costituite *ad hoc* in occasione dell'illecito e la cui attitudine ad essere «adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere» fosse valutata dal giudice in concreto rispetto alla controversia in questione[318]. In base a tale regime normativo cioè il singolo consumatore (o utente) rimaneva escluso dall'area dei soggetti legittimati attivi.

La disciplina intervenuta nel 2009 segna una notevole inversione di rotta. Il comma 1 infatti immediatamente proclama che «i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2, nonché gli interessi collettivi, sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni».

Il singolo appartenente alla classe dei titolari dei diritti omogenei violati dall'illecito, dunque, da mero destinatario passivo della tutela, assurge a principale leva propulsiva della stessa, ponendo di fatto fine al monopolio riconosciuto precedentemente agli enti

[317] Si tratta cioè di un elenco di associazioni dei consumatori e degli utenti, la cui rappresentatività a livello nazionale sia stata *ex ante* subordinata alla verifica, effettuata per via amministrativa dal Ministero dello sviluppo economico, del possesso di una serie di requisiti, volti a verificare volti a verificare: l'esclusività dello scopo associativo; la serietà e l'affidabilità dei rappresentanti legali dell'associazione; la democraticità dell'organizzazione; la diffusione sul territorio; la trasparenza e la solidità finanziaria; la continuità dell'azione; l'assenza di conflitto di interessi, e via dicendo.

[318] Quest'ultimo aspetto è stato visto da taluno come il dischiudersi di uno spiraglio all'azione degli avvocati, nell'evenienza che intendano farsi promotori-ombra del comitato di danneggiati istituito al solo fine di accedere al giudizio ex art. 140-*bis*. Sul punto in particolare CONSOLO-BONA-BUZZELLI, op. cit., p.146-147.

esponenziali di interessi superindividuali [319] . I soggetti collettivi sono quindi apparentemente confinati ad un ruolo indiretto e mediato nell'esercizio dell'azione, la quale si attiva esclusivamente su impulso del singolo componente[320]. Di conseguenza associazioni e comitati non fanno valere un interesse collettivo (o sovraindividuale) in senso proprio, bensì soltanto i diritti individuali dell'attore-proponente e degli altri componenti della classe che aderiscono all'azione[321]. In sostanza, una soluzione "ibrida" che si colloca a metà strada tra i due distinti modelli della legittimazione diffusa (tipica della *class action* in senso stretto) e di quella concentrata (tipica delle azioni "collettive").

La novità, tuttavia, rischia di poter essere apprezzata soltanto sul piano formale. Come diversi osservatori hanno rilevato all'indomani della riforma [322] , una legittimazione esclusivamente individuale, come quella che denota la *class action* statunitense, presuppone una finzione di fondo. Come noto, infatti, colà non è affatto per un'iniziativa individuale che il giudizio collettivo è attivato. Piuttosto, è grazie al finanziamento delle grosse *law firm,*

[319] Come ha avuto modo di sottolineare il Tribunale di Torino nell'ordinanza del 4 giugno 2010 cit., «l'attore per potersi legittimare deve essere prima di tutto titolare, in proprio e personalmente, del diritto individuale omogeneo che caratterizza la classe che intende rappresentare. Di conseguenza la legittimazione attiva non è regolata in termini diversi da quelli propri di qualunque altra azione. In altre parole non sussiste la legittimazione perché il proponente intende rappresentare gli interessi della classe, ma per- ché il suo interesse coincide con quello della classe essendo egli portatore del medesimo diritto individuale omogeneo di cui sono titolari gli appartenenti alla classe».

[320] Con riferimento alla natura dell'atto di conferimento, si rileva come: «Il mandato all'associazione del comma 1 dell'art. 140-*bis* cod. cons. va insomma ricondotto al *genus* della c.d. rappresentanza tecnica: il consumatore/utente attore non conferisce ovviamente all'associazione che lo affianca uno *ius postulandi*, poiché non le cognizioni giuridiche e la capacità difensiva interessano qui, quanto invece il suo assetto organizzativo, la sua esperienza e la sua rinomanza come ente istituzionalmente votato alla difesa degli interessi dei consumatori. Così come il difensore è in sostanza un cooperatore/*nuncius* della parte, nel senso che si limita a "trasformare" in termini giuridicamente congrui la volontà dell'assistito (in ciò distinguendosi dal *procurator*, che forma ed esprime un volere in luogo dell'*absens)* analogamente l'associazione è coinvolta nel processo instaurato dal singolo consumatore/utente, attore *ex* art. 140-*bis* cod. cons., comma 1, non per sostituirsi a lui, ma per coadiuvarlo nell'esecuzione di certi atti, che quest'ultimo da solo faticherebbe o non riuscirebbe a compiere» (CONSOLO-ZUFFI, op. cit., p.120).

[321] CAPONI, '*Il nuovo volto della class action'*, in *Foro it*., 2009, p. 384, plaude alla novità, perché «marca la differenza tra la tutela dei diritti individuali omogenei, i soli di cui espressamente si occupa l'art. 140-*bis*, e la tutela di un interesse effettivamente superindividuale, inteso come l'interesse di più soggetti verso un bene che ha (anche, oppure solo) una dimensione non suscettibile di appropriazione e godimento esclusivi».

[322] *Ex multis* in questo senso TARUFFO, '*La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali',* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, spec. p. 111 ss.

opportunamente incentivate, che la controversia può prendere piede[323]. Nulla vieta che l'azione collettiva sia esperita da uno o più danneggiati assieme. Ma, come analizzato, le logiche opportunistiche e la netta sproporzione economica giustificano la tendenziale apatia dei titolari dei diritti lesi. E il disincentivo ad agire è ancor più marcato in sistemi, come quello italiano, in cui per un verso vige un regime di ripartizione delle spese retto dalla regola della soccombenza[324], per cui i proponenti rischiano, in caso di insuccesso, di subire doppiamente le conseguenze del pregiudizio; per altro verso l'avvocatura è tradizionalmente sprovvista di qualsivoglia rilevante vocazione imprenditoriale in mancanza degli strumenti idonei a perseguirla simili a quelli d'oltreoceano[325]. Di conseguenza la legittimazione

[323] Sul punto assai incisivo è CONSOLO, '*Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica',* op. cit., p.1305: «Il fatto di consentire all'avvocato di stipulare un patto di quota-lite per la "rappresentazione" in giudizio di una massa di cause omogenee fa sì che egli assuma un inedito (per noi) ruolo di professionista-imprenditore, nell'ambito del quale egli, sospinto dall'interesse verso un compenso assai remunerativo, valuta le *chances* di vittoria dell'azione di classe e, nel caso di prognosi positiva, ne sopporta in via anticipata gli ingenti costi. Ciò non significa, peraltro, che le azioni di gruppo contro gli illeciti di massa possano funzionare veramente solo in presenza di un regime normativo che in materia di spese assommi le stesse identiche regole vigenti negli USA: di sicuro, però, affinché il complesso e delicato espediente processuale in questione possa conseguire i risultati sperati, deve poter contare su di una serie di congegni che garantiscano un sufficiente interesse alla promozione dell'azione insieme a pressanti forme di controllo e di gestione del procedimento».

[324] A tal proposito si rileva, infatti, che per la disciplina delle spese non si prevede nel nuovo art. 140-*bis* alcuna regolamentazione *ad hoc,* trovando applicazione le consuete disposizioni del capo IV, titolo III, libri I c.p.c. La nuova normativa non ha quindi provveduto a predisporre i soggetti legittimati una disciplina "speciale" incentivante sotto questo profilo, che, come noto, rappresenta uno snodo essenziale per il buon funzionamento delle azioni collettive, come insegna l'esperienza statunitense. E di conseguenza il proponente, nel valutare se esperire il rimedio in esame, dovrà ponderare e soppesare il rischio legato alla possibilità del rimborso delle specie al convenuto. Alcuni hanno quindi parlato di vera e propria "occasione mancata".

[325] Basti pensare che, sebbene la legge n. 248/2006 abbia riconosciuto la legittimità del patto di quota lite tradizionalmente vietato per motivi di ordine pubblico, tuttavia, la successiva "Riforma Forense" (L. 31/12/2012 n. 247) ha disposto al riguardo in senso molto ambiguo all'art. 13, rubricato '*Conferimento dell'incarico e compenso'*, commi 3: «La pattuizione dei compensi è libera: è ammessa la pattuizione a tempo, in misura forfetaria, per convenzione avente ad oggetto uno o più affari, in base all'assolvimento e ai tempi di erogazione della prestazione, per singole fasi o prestazioni o per l'intera attività, a percentuale sul valore dell'affare o su quanto si prevede possa giovarsene, non soltanto a livello strettamente patrimoniale, il destinatario della prestazione». Comma 4: «Sono vietati i patti con i quali l'avvocato percepisca come compenso in tutto o in parte una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa». Dalla lettura delle "*Note esplicative*" emesse dal Consiglio Nazionale Forense a corredo del nuovo Codice Deontologico Forense, sembrerebbe che il divieto sia stato riesumato: «la norma dell'art. 13, co. 4 reintroduce il divieto dei patti di quota lite intesi come quelli con i quali si pattuisce come compenso in tutto o in parte una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa. La previsione si pone come norma speciale rispetto al generale divieto di cessione dei crediti litigiosi di cui all'art. 1261 c.c. […] Il successivo co. 3 introduce il principio della libera pattuizione del

"surrogatoria" degli enti esponenziali si rende necessaria, quasi fisiologica, al fine di incrementare il livello di effettività dell'accesso alla giustizia assistendo e coadiuvando la tutela giurisdizionale dei diritti individuali dei singoli legittimati[326]. Più verosimilmente la previsione testuale viene aggirata *de facto,* potendo un ente interessato ad agire in giudizio agevolmente ottenere da un consumatore danneggiato il mandato di cui parla la norma. E ciononostante la questione del finanziamento della lite è ben lungi dall'essere risolta positivamente[327]. Se infatti è vero che il proponente può avvalersi del supporto organizzativo ed economico, nonché della capacità di attrazione mediatica di un ente, spesso noto a livello nazionale, ciononostante spesso tali soggetti si sono dimostrati inadeguati al delicato compito di cui sono investiti[328].

---

compenso, esemplificandone alcune forme (a tempo, a forfait, per convenzione avente ad oggetto più affari, per singole fasi o prestazioni, a percentuale sul valore dell'affare), mentre il co. 4 ribadisce il divieto del patto di quota lite». A ben vedere, la nuova disposizione (come confermato dalla Cass. Civ., Sez. II, 02/10/2014, n. 20839), distingue tra due ipotesi: quella prevista al comma 3° riguardante la stipulazione di patti scritti sui compensi professionali che siano proporzionati ai risultati raggiunti (perfettamente validi); e l'altra di cui al comma 4°, riguardante i patti aventi ad oggetto una quota del bene controverso o della ragione litigiosa (sui quali pende un chiaro divieto). In generale si può affermare, senza pericolo di smentita, che i dubbi interpretativi e la confusione regnano sovrani sul punto e di certo, nelle more di un ineludibile intervento legislativo, non favoriscono la stipulazione di tali accordi, soprattutto in considerazione della grave sanzione disciplinare prevista (sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da due a sei mesi). Si tratta, in definitiva, di una novità che ancora fatica a raggiungere la diffusione, la praticità e, soprattutto, le sostanziose percentuali che invece si ritrovano nella prassi giudiziale statunitense.

[326] In argomento v. CONSOLO-ZUFFI, op. cit., p.109-110: «il singolo, nell'avviare l'azione risarcitoria di classe, sarà verosimilmente coadiuvato (anzi: spesso cooptato) da un'associazione o da un comitato, posto che per la natura stessa delle cose non avrà interesse a farsi carico degli ingenti costi del contenzioso collettivo (a fronte del modesto tornaconto individuale del risarcimento spettantegli) né, di solito, possiede la forza economica ed organizzativa necessaria. In linea con l'esperienza statunitense, anche nel nostro ordinamento il c.d. *class representative* si dimostra piuttosto un personaggio emblematico, un portainsegna o, più prosaicamente, un attaccapanni, attorno al quale è destinata a coagularsi la capacità socio-economica e propulsiva di realtà più complesse e fatalmente "egoistiche". Tali realtà possono essere strutture preesistenti oppure anche costituite *ad hoc*, non però associazioni di soli avvocati. Il legislatore italiano non sembra infatti reputare sufficientemente diffuso nella classe forense nostrana lo spirito imprenditoriale che ha decretato il successo (e al contempo gli eccessi vituperati) delle *class actions* nordamericane. O forse valuta poco tranquillante l'ipotesi che simile scenario si realizzi anche nel Belpaese».

[327] Come dimostra l'esperienza dei primi anni di applicazione dell'art. 140-*bis,* che ha registrato un numero piuttosto elevato di pronunce di rigetto in sede di ammissibilità (cd. *absolution ab istantia).*

[328] I profili di criticità in merito sono evidenziati da CONSOLO-ZUFFI, op. cit., p.50 ss.: «Non potendo trarre un reale ritorno economico dalle iniziative in parola, ma abbagliate dall'immediato riscontro mediatico ad esse

Per altro verso occorre riflettere a fondo sulla natura della legittimazione istituita dall'art. 140-*bis*. A ben vedere essa non è del tutto correttamente inquadrabile come legittimazione individuale, come parrebbe *ictu oculi* se ci si limitasse ad un apprezzamento del dato testuale. Assumere la spettanza e la titolarità del potere di azione in capo al singolo proponente porterebbe infatti a conseguenze incompatibili con la natura stessa del rimedio: così come potrebbe ritenersi sussistente in capo al singolo il potere di avviare il giudizio mediante la proposizione della domanda, parimenti dovrebbe per questa via riconoscersi il potere di disporre del giudizio collettivo, finanche consentendogli di farlo successivamente venir meno mediante comportamenti a ciò utili (es. rinunciando agli atti, revocando il mandato all'ente delegato, conciliando la lite con il convenuto, e così via). Si perviene quindi alla conclusione che «l'azione di classe *non* spetta a ciascun componente, ma alla classe stessa. La legittimazione ad agire *non* è individuale, ma di classe»[329]. In sostanza, la legittimazione ad agire è "individuale", ma ciò non significa, che anche l'azione sia individuale, bensì unicamente che ogni singolo membro della classe ha in via autonoma il potere di avviare il giudizio collettivo. A far luce su questo passaggio concettuale è il successivo comma 6, secondo cui la domanda va dichiarata inammissibile se «il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe», con ciò intendendosi

---

connesso, sovente le associazioni non hanno soppesato con la dovuta obiettività le *chances* di vittoria delle cause di classe e hanno trascurato il lavoro di preparazione e di analitica articolazione delle relative domande […]. È così capitato che alcune delle azioni esperite siano state dichiarate inammissibili perché il soggetto selezionato come proponente non era titolare della specifica situazione soggettiva isomorfa posta a fondamento della pretesa risarcitoria/restitutoria collettiva (ad es. v. Trib. Torino ord. 4 giugno 2010) ovvero perché difettava della stessa qualifica di consumatore/utente (ad es. v. Trib. Milano ord. 8 novembre 2011; 20 dicembre 2011)». Nonché da GIUSSANI, '*Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito'*, op. cit., «Il secondo elemento problematico consiste nella discrepanza tra gli interessi dei componenti della categoria di riferimento e quelli propri dell'associazione: i primi sono interessati anzitutto alla soddisfazione delle loro situazioni di vantaggio individuali, mentre alla seconda interessa soprattutto il potenziale impatto mediatico dell'iniziativa giudiziaria, da cui dipende il ritorno finanziario in termini di contribuzioni spontanee. Se oltre a ciò si considera che l'impatto mediatico dell'iniziativa si può sfruttare già a seguito della proposizione della domanda, e che la lite può essere poi abbandonata senza che la controparte abbia interesse a opporsi all'abbandono o a darne notizia (anche dare notizia del rigetto della domanda, infatti, non rappresenta comunque una buona operazione di immagine), si capisce facilmente che per le associazioni l'apparenza di fondatezza delle loro iniziative giudiziarie è quasi del tutto irrilevante, e che la loro legittimazione ad agire di rado procura effettivi benefici ai componenti della categoria di riferimento e spesso determina invece gravi dispersioni delle risorse giurisdizio nali».

[329] Così DONZELLI, '*L'azione di classe a tutela dei consumatori',* Jovene editore, 2011, p. 72 ss.

che l'agire del singolo è sempre e comunque subordinata alla verifica, da parte del giudice, della sussistenza della condizione fondamentale di poter condurre il processo anteponendo l'interesse collettivo al suo personale. In altri termini, quindi, il cd. «proponente», idealmente assimilabile al *class representative,* va considerato come legittimato ad agire soltanto in senso "traslato", che si limita a dare voce alla classe in sede processuale, in quanto la titolarità dell'azione rimane saldamente nelle mani della classe intesa come soggetto autonomo composto da tutti i consumatori lesi dalla medesima condotta imprenditoriale. Il nesso relazionale tra il proponente e la classe non va quindi variamente ricondotto alle figure dogmatiche tradizionali prospettate in passato e tutte incentrate su una rigida corrispondenza fra diritto soggettivo ed azione individuale. Esso è piuttosto configurabile in termini di una più elastica e variabile «rappresentanza ideologica» (e quindi necessariamente intesa in senso atecnico), strettamente ancorata al controllo dinamico da parte del giudice del requisito di «adeguata rappresentatività», strumento tecnico fondamentale che consente l'imputazione dell'operato del proponente alla classe intera[330].

[330] Si rimanda in proposito alla teoria elaborata da CAPPELLETTI e oggetto di trattazione specifica *retro,* capitolo I,

3.1. Il regime di adesione

All'aspetto da ultimo posto in luce si ricollega il problema dell'inquadramento del regime di appartenenza alla classe e partecipazione al processo prescelto dal legislatore. Si tratta del sistema noto come «adesione» o «*opt-in»,* mutuando la terminologia anglosassone. Il comma 3 dell'art. 140-*bis* introduce la figura dell' "aderente", prevedendo anzitutto che «I consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore anche tramite posta elettronica certificata e fax». Entrambe le figure speculari, proponente ed aderente, risultano difficilmente comprensibili alla luce delle categorie tradizionali. La dottrina si è a subito interrogata sulla natura e sugli effetti dell'atto di adesione, non riuscendo tuttavia a convergere su una sola tesi. La corretta configurazione dell'istituto in esame non è solo un problema meramente teorico, ma, come si vedrà, risulta imprescindibile al fine di identificare l'ambito soggettivo di efficacia della sentenza finale, dal momento che, ai sensi dell'art. 140-*bis*, comma 14, «la sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti». Si tratta in definitiva di una figura del tutto inedita nella dogmatica processualcivilistica che mette a dura prova la capacità di adattamento ed elasticità dei principi giuridici che reggono il nostro ordinamento[331].

Un primo dato che emerge dalla *littera legis* è che per partecipare al processo collettivo avviato dal proponente il singolo danneggiato deve necessariamente "aderire" all'azione di classe pendente, depositando il relativo atto in cancelleria nel termine stabilito dal giudice nell'ordinanza di ammissibilità. Ma, pur avendo la funzione di tutelare nel processo ulteriori soggetti titolari di diritti sostanziali, l'istituto in questione non risulta assimilabile ad una

---

§ 4.2.

[331] Sintetizza tale aspetto CONSOLO-ZUFFI, op. cit., p. 146: «La definizione giuridico-processuale del significato dell'adesione di cui all'art. 140-*bis* cod. cons. è il compito più impegnativo che grava sull'interprete. Ed incombe soprattutto al processualista di concettualizzare questa figura, non appiattibile su una "prenotazione" di vincoli conformativi, cui meglio si sarebbe adattata una comunicazione *diretta* al solo convenuto. Si tratta indubbiamente di un istituto anfibio, posto sul crinale (o meglio ancorato sia di qua che di là di quella linea labile) fra diritto sostanziale e dimensione processuale, fra qualità rimediale e tecniche di tu

forma di intervento *ex* art. 105 c.p.c., poiché tale possibilità è espressamente preclusa dal comma 10. Né d'altronde appare strutturalmente accostabile ad un esercizio personale dell'azione, cui si accede a rigore per mezzo della formulazione di una domanda giudiziale.

Inoltre, la disposizione specifica che il singolo possa provvedere al deposito dell'atto anche da solo, senza cioè coinvolgere il proponente che non può impedirne l'ingresso, e senza altresì il ministero di un difensore (o la stipulazione di un contratto d'opera col difensore nominato dall'ente promotore)[332]. Beninteso, la partecipazione dell'aderente è purtuttavia subordinata alla verifica, da parte del giudice in sede di ammissibilità, del requisito dell'omogeneità della situazione giuridiche soggettiva di cui si dichiara titolare sulla base di quanto allegato nell'atto di adesione[333].

L'aderente quindi non assume il ruolo di parte "formale" e il suo ingresso (a tutti gli effetti un atto extraprocessuale) non rende davvero cumulativo il processo realizzando un litisconsorzio: «L'adesione rimane dunque una forma di esercizio *sui generis* del *diritto di azione* (quale potere di perseguire in giudizio la tutela giurisdizionale del proprio diritto), che non implica un corrispondente attore e una sua propria domanda»[334]. Si comprende, quindi, come dal processo non ne discendano i tradizionali obblighi e i diritti normalmente previsti per le parti. Basti pensare ad esempio che non è previsto che possano impugnare la sentenza di rigetto, né che possano essere condannati alle spese, nonostante siano vincolati dagli effetti del giudicato, come lascia intendere senza alcuna ombra di dubbio il comma 14. I consumatori che, quindi, volessero esercitare personalmente i poteri processuali che gli

---

tela».

[332] Art. 140-*bis,* comma 3, «I consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore anche tramite posta elettronica certificata e fax. […] L'atto di adesione, contenente, oltre all'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria, è depositato in cancelleria, anche tramite l'attore, nel termine di cui al comma 9, letter
a b)».

[333] Questa sorta di "*check-in"* si limita al riscontro della deducibilità in forma aggregata del diritto del singolo aderente. In caso di esito negativo solo in senso atecnico potrà parlarsi di "estromissione" dell'aderente, dal momento che questi non si è mai costituito e non è mai divenuto parte del processo. Né, parimenti, lo diviene in caso di esito positivo del filtro di ammissib
ilità.

[334] Così CONSOLO-ZUFFI, op. cit.,

spetterebbero ordinariamente in un processo individuale non avrebbero altra opzione che quella di proporre un'autonoma domanda, previa revoca dell'adesione al giudizio collettivo.

In altri termini, da un punto di vista sostanziale, l'adesione è concepita come una peculiare manifestazione di volontà di inclusione nel gruppo con cui si autorizza l'attore a "sostituirsi" a sé nel far valere, quale componente del *petitum* aggregato finale, il proprio credito risarcitorio nell'azione collettiva, rinunciando in tal modo al diritto, riconosciutogli costituzionalmente, a influire sulla conduzione della causa e realizzare un contraddittorio effettivo e personale (che semmai riemergerà successivamente soltanto in sede di liquidazione del danno accertato)[335].

Da un punto di vista dogmatico, il rapporto fra proponente-attore e aderenti rimane di non facile qualificazione, sebbene la maggior parte degli interpreti abbia fornito una ricostruzione su basi "negoziali". In particolare si tende a ricondurlo variamente ad una delle ipotesi di cd. «sostituzione processuale» (o legittimazione *straordinaria)* cui fa riferimento l'art. 81 c.p.c. ovvero alla figura del mandato[336]. In realtà siamo di fronte ad un istituto *sui generis* e atipico, che soltanto impropriamente può esservi assimilato, è che, a prescindere dall'inquadramento che se ne offra, persegue la fondamentale funzione di rendere la classe un soggetto processuale unitario contrapposto al convenuto.[337].

---

p. 137

[335] Senza tuttavia spingersi fino al punto di esercitare poteri processuale che presuppongano la titolarità o la piena disponibilità di quegli stessi diritti, quali ad es. rispondere agli interrogatori, rendere confessione, deferire o riferire giuramento, rinunciare agli atti e transigere la lite. In conclusione l'adesione rappresenta la «premessa per una progressiva […] precisazione-ampliativa dell'unica azione risarcitoria di condanna dell'attore originario, visto dunque sostanzialmente come ente esponenziale e soggetto-organo o, se si preferisce, come tramite processuale del formarsi della classe - la vera attrice - lungo il corso del rapporto processuale. […] La *res in iudicium deducta* è così nel processo ex art. 140-bis cod. cons. rappresentata dall'insieme dei diritti soggettivi resi aggregatamente pendenti senza litisconsorzio di parti» (CONSOLO-ZUFFI, op. cit., p
. 155)

[336] Art. 81 c.p.c.: «Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui». In questa direzione si muove la giurisprudenza, che nelle già citate ordd. "gemelle" del Trib. Roma, 25 marzo 2011, identifica la peculiarità del processo di classe «nel fatto che la tutela di determinati diritti omogenei può essere chiesta da un singolo soggetto il quale, con l'introduzione del giudizio, assume una duplice posizione: quella di *parte* – sostanziale e processuale – di causa e quella (eventuale) di *sostituto* processuale di tutti i consumatori/utenti che si trovino nei confronti del soggetto convenuto nella stessa situazione (o che siano titolari de- gli stessi diritti) e che decidano di aderire all'azione esperita dal promo
tore».

Dallo scarno e frammentato dettato normativo si ricava poi che l'adesione è "revocabile" allorché l'azione sia transatta, il processo di classe si estingua o si chiuda anticipatamente in rito successivamente al deposito dell'adesione. Da un lato infatti il comma 15 prevede in tale ipotesi il riacquisto da parte del singolo consumatore/utente del potere di promuovere la causa in via individuale fondata sulla stessa causa petendi[338]; dall'altro il comma 14, disponendo la riunione d'ufficio delle azioni di classe intentate successivamente alla prima e fondate sul medesimo fatto illecito, non esclude la facoltà di recesso dell'aderente dall'azione dichiarata poi inammissibile[339].

---

[337] Sostiene infatti MENCHINI-MOTTO, op. cit., p. 1431, nota 40: «Per inquadrare i rapporti tra promotore e aderenti, non è consentito ricorrere a figure quali la rappresentanza processuale volontaria o il mandato. Molti sono gli elementi desumibili dalla legge, che possono essere addotti in senso contrario alla figura del mandato; in specie, se il promotore opera sulla base di un mandato degli aderenti, non si capisce perché il giudice dovrebbe interferire circa la volontà delle parti private e non ammettere l'azione di classe quante volte ravvisi la non adeguatezza dell'attore a tutelare gli interessi del gruppo. Dunque, è più corretto prendere atto che si è in presenza di un istituto *sui generis*, la cui disciplina trova il suo fondamento nel fatto che viene esercitata in giudizio l'azione della classe ad opera di un suo rappresentante, che assume il ruolo di *class representative*, e che solo l'unità della parte processuale impedisce la divaricazione delle attività difen
sive».

[338] Comma 15. «Le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo». Si tratterebbe in realtà di un effetto di "impedimento" alla contemporanea deduzione in via autonoma della pretesa dell'aderente derivante dalla peculiare forma di litispendenza che si ricollega all'adesione, e non piuttosto di una "rinuncia", in quanto l'aderente non abdica in via definitiva al diritto far valere in giudizio il suo credito risarci
torio.

[339] Comma 14. «Non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9. Quelle proposte entro detto termine sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giu

3.2. *Opt-in* vs. *opt-out*

Negli ordinamenti, come quello italiano, che adottano il metodo dell'*opt-in,* la classe non è fatta di componenti bensì di "aderenti". Il giudizio che ne deriva quindi non assume portata universale, potendo non coinvolgere l'intero gruppo dei danneggiati, e, per altro verso, una volta esperita genera un effetto consumativo permanente sulla proponibilità del rimedio (comma 14). Anche un'azione destinata fin dall'inizio all'insuccesso (o perché incapace di raccogliere molte adesioni, o in mancanza dei requisiti necessari al superamento del vaglio di inammissibilità, o addirittura infondata nel merito) precluderà tuttavia qualsiasi iniziativa futura, anche da parte di coloro che non hanno partecipato all'azione fallita in veste di proponente ovvero di aderente.

Sotto il profilo della effettività del rimedio e della funzione di deterrenza, è facile verificare come il metodo opposto dell' «*opting out*» (o recesso o autoesclusione) che caratterizza l'archetipo statunitense di *class action* sia, a detta di molti interpreti, una soluzione di gran lunga preferibile[340]. Un siffatto sistema comporta l'automatica inclusione in giudizio di tutte le situazioni soggettive fondate su una prevalente questione comune (di fatto o di diritto) e funge da notevole incentivo per l'allargamento della classe. Non è prevista alcuna adesione, ma è consenta la dissociazione per conservare intatto il diritto di agire individualmente. Poiché la quota dei soggetti dissenzienti (cd. *opt-out rate)* è nella pratica spesso minimale rispetto all'intero, vuoi perché generalmente gli *absent class members* vedono nell'azione un'occasione di trarre solo benefici[341], vuoi perché molto di loro

---

dice».

[340] Per esigenze di comparazione, si prende qui in considerazione il modello cd. «*damage class action*» [Rule 23(b)(3)]. Invero, come visto, la fonte normativa statunitense prevede altresì un regime cd. «*mandatory*» [Rule 23(b)(1)-(b)(2)] che non prevede né l'adesione (o autoinclusione) né *l'opt-out (o* autoesclusione*).* Tale regime esige maggiore scrupolo nell'identificazione dell'oggetto della lite, affinché la classe sia nettamente e rigidamente predeterminata fin dall'inizio. Infatti il confronto processuale verterà esclusivamente sulla situazione oggetto domanda attorea, che in tal modo assurge a "domanda di classe" e esaurisce una volta per tutte la materia del conte
ndere.

rimangono totalmente all'oscuro dell'esistenza del proprio diritto, il metodo dell'*opt-out*, innesca di fatto un processo di "massimizzazione" della composizione della classe. E quest'ultima, come noto, identifica l'ambito di efficacia soggettiva della sentenza. Di conseguenza «se la classe ampia, e tende a coincidere con la totalità dei soggetti titolari del diritto esercitato, l'efficacia della tutela è a sua volta ampia». Per altro verso, il metodo in questione produce altresì risvolti ottimali sotto il profilo della deterrenza, coprendo l'oggetto dell'azione l'intero pregiudizio causato dall'illecito, e quindi l'effetto della *class action* tende a riparare tutte le conseguenze pregiudizievoli causate da un comportamento illecito[342]. Per questi motivi la *class action* è capace di produrre degli effetti rilevanti dal punto di vista sostanziale, sul piano del *law enforcement:* «sul lungo periodo - ne reca traccia l'esperienza americana - essa tende a trasformare il diritto applicabile ed a rimodellarne gli istituti»[343].

Sul fronte opposto, il modello dell'*opting-in* presenta una serie di inconvenienti. Potendo variare l'oggetto della domanda dell'attore fino all'ordinanza di ammissibilità dell'azione (termine ultimo per il deposito delle adesioni), è difficile determinare chiaramente la portata soggettiva ed oggettiva della lite. Sotto il profilo della deterrenza, ciò comporta che solo il danno richiesto da coloro che aderiscono all'azione, anziché l'intero danno effettivamente prodotto, viene dedotto in giudizio: «questa differenza finisce col "premiare" l'autore dell'illecito, che viene condannato a risarcire solo una parte del danno che ha effettivamente causato»[344]. Per altro verso, una chiara definizione dell'ampiezza della classe mette in condizioni l'impresa convenuta di meglio valutare l'opportunità di conciliare la lite. A ciò evidentemente osta l'incognita di un numero indefinito di possibili azioni individuali fondate sul medesimo illecito, col risultato che l'impresa sarà «tanto più cauta nelle proposte

---

[341] Essi infatti prendono parte al processo volto alla tutela dei loro diritti senza dover redigere atti adesivi, senza necessitare di assistenza difensiva e senza sostenere spese di
sorta.

[342] Sul punto si veda TARUFFO, '*La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali',* op. cit., p. 117

[343] FERRANTE, *'"Opt-out" ed incentivi d'oltreoceano: idee per una vera "class action" in Italia e in Europa',* in *Contratto e impresa. Europa.,* 2012, p. 4
83-509

[344] TARUFFO, cit.,

conciliative rivolte agli aderenti quanto maggiore è la platea dei consumatori/utenti non vincolati dal giudicato di classe»[345].

La motivazione che spinse il nostro legislatore a prediligere il metodo dell'adesione è forse da ricondurre principalmente alla asserita maggiore compatibilità con i principi costituzionali dell'accesso alla giustizia e del «giusto processo»[346] di cui all'art. 24 Cost., comma 1 e 2[347], dal momento che il "trasferimento" della tutela giurisdizionale dei loro diritti al proponente si giustifica mediante un atto volontario espresso di rinuncia all'azione individuale. Tuttavia, come taluno ha osservato[348], il metodo del recesso (*opt-out)* non reca alcun rilevante *vulnus* a questo assetto, giacché il vero *punctum dolens* è quello di rendere il processo un "giusto processo collettivo", ovvero uno strumento di tutela in grado di pervenire alla migliore tutela giurisdizionale collettiva possibile, anzitutto sotto il profilo garantistico del diritto di difesa. In conclusione, queste riflessioni portano ad escludere che il regime di *opt-out* sia di per sé incostituzionale e piuttosto inducono a porre l'attenzione sugli altri profili rilevanti da cui dipende l'effettiva compatibilità dell'azione di classe con le garanzie previste dalla nostra Costituzione. Ad esempio, a questo fine è assolutamente necessario assicurare un'adeguata e tempestiva informazione dell'avvio del giudizio collettivo per

---

p. 118

[345] CONSOLO-ZUFFI, op. cit.,
p.132

[346] L'equivalente del *due process* di stampo anglosa
ssone.

[347]«1.Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.
2.La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedim
ento».

[348] DONZELLI, ult. op. cit., spec. p. 46, nota 81, il quale per altro verso auspica ad un ripensamento in chiave funzionale del concetto di giusto processo: «Ma allora l'interrogativo che va posto è questo: come occorre intendere il diritto di difesa nei giudizi collettivi risarcitori alla luce di una concezione costituzionale non meramente formale? La risposta a tale quesito sembra dover essere la seguente: se la costituzionalizzazione del diritto processuale ha già di per sé favorito l'emersione di un garantismo su base non meramente formale e soggettiva, ma anche propriamente oggettiva, ovvero di un garantismo che presti attenzione a come effettivamente il pro- cesso è strutturato in ordine al raggiungimento del suo obiettivo istituzionale, il riferimento particolare di tale problematica alla tutela collettiva risarcitoria dovrebbe accentuare ulteriormente sia il fenomeno di spersonalizzazione del diritto di difesa, […] quale naturale conseguenza del rilievo *lato sensu* pubblicistico che appartiene alla tutela processuale apprestata, sia l'esigenza che il processo si presenti di per sé come uno strumento idoneo a garantire la migliore tutela giurisdizionale collettiva possi

rendere edotti i membri della classe della pendenza della causa che li riguarda direttamente, o ancora prima pretendere uno scrutinio severo della «adeguata rappresentatività» dell'attore collettivo[349].

bile».
[349] Entrambi sono aspetti contemplati dalla *Ru*

4. La fase cd. di "filtro" e il ruolo del giudice

L'art. 140-*bis,* comma 6, cod. cons. disciplina poi, all'interno del processo di classe, un segmento intermedio, una sorta di cerniera, tra la proposizione della domanda e la trattazione nel merito[350]. La cd. «fase di ammissibilità» risponde all'esigenza di introdurre una funzione di "filtro" attribuita al giudice, ossia uno strumento di semplificazione processuale con cui si possa verificare in anticipo che, in relazione alla specifica e concreta controversia, il giudizio collettivo sia al contempo utile, cioè idoneo a realizzare gli scopi tipici che lo connotano (effettività, deterrenza, deflazione), nonché giusto, cioè compatibile con le garanzie e i principi costituzionali[351]. Siffatta parentesi procedimentale costituisce il momento cruciale del giudizio di classe, poiché, come la prassi giurisprudenziale ha fin'ora mostrato, la maggior parte delle azioni fin'ora proposte in Italia si è di fatto impantanata in questa sede. Più in generale la non corretta impostazione del giudizio in questa sede condiziona negativamente la prosecuzione del giudizio e rischia di pregiudicare *in toto* i benefici dell'istituto. La parentesi del giudizio lascia trasparire in tutta evidenza una certa affinità con la *certification* della *class action* regolata dalla *Rule 23* sezioni (b)[352] e (c)[353]. Tuttavia, ad un approfondito esame, è lecito dubitare dell'effettiva corrispondenza dei due modelli.

---

le 23.

[350] Inizialmente furono avanzati dubbi di costituzionalità (per violazione degli artt. 3 e 24 Cost.) con riferimento all'opportunità di introdurre un sindacato preliminare alla trattazione nel merito, prontamente fugati dalla giurisprudenza. In particolare nell'ordinanza del 27 ottobre 2010, la Corte d'Appello di Torino si legge che il giudizio di ammissibilità previsto «non rappresenta un ostacolo apprezzabile per la difesa dei diritti azionati» (analogamente a quanto affermato da Cass. 26 febbraio 2002, n. 2768 con riguardo al vaglio preliminare cui è sottoposta l'azione di responsabilità civile contro i magistrati) ed è «caratterizzato da forme procedurali di pieno contraddittorio ed esercizio del diritto di difesa». Va poi rimarcato che tale filtro è funzionale agli interessi dei consumatori, i quali proprio in virtù di siffatta verifica preventiva, «sono posti in condizione di evitare di aderire (allontanando da sé, in tal maniera, gli effetti di un giudicato che si preannuncia fin dall'inizio ad essi sfavorevole) ad un'azione manifestamente infon
data».

[351] Questo aspetto è chiaramente manifestato nell'ambito della *Rule 23* federale, laddove prevede che il giudice nel prevedere che il giudice, nel valutare la sussistenza dei predetti requisiti, debba tener conto delle seguenti questioni: l'interesse di ciascun membro a condurre un separato giudizio individuale sulla propria pretesa (b)(3)(A); lo stato e la natura di ogni causa individuale già avviata concernente la controversia collettiva(b)(3)(B); l'opportunità di concentrare le diverse cause in un unico foro (b)(3)(C); le difficoltà che potranno incontrarsi nella gestione collettiva della controversia (b)(
3)(C).

4.1. Condizioni di ammissibilità

Il comma 6 prevede che la domanda proposta sia dichiarata inammissibile se: a) è manifestamente infondata; b) sussiste un conflitto di interessi; c) non si ravvisa l'omogeneità dei diritti dedotti; d) il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe (cd. «adeguata rappresentatività»). Va subito chiarito, a scanso di equivoci, che tali presupposti processuali speciali si affiancano, anziché sostituirsi, a quelli ordinari presenti nel nostro sistema processualcivilistico, tra cui *in primis* la giurisdizione, la competenza, la legittimazione e l'interesse ad agire.

In primo luogo, è dato osservare che la condizione sub a) non è affatto prevista nella *class action* americana, dove peraltro esistono meccanismi alternativi di valutazione della fondatezza devoluti alle parti, quali ad esempio l'udienza preliminare (cd. *discovery)*[354]. La funzione del requisito in esame è, nel complessivo assetto dell'art. 140-*bis,* quella di evitare la proposizione di domande pretestuose e prive di fondamento giuridico che abbiano come unico scopo quello di arrecare un danno d'immagine all'impresa convenuta. Si tratta cioè di compiere una prognosi *in iure* della effettiva possibilità dell'azione di essere accolta all'esito della successiva fase del giudizio. Pertanto, sebbene ci si trovi ancora in una fase anteriore al dibattimento vero e proprio, in cui le parti non hanno ancora consumato il potere di produrre documenti e chiedere mezzi di prova, si è tuttavia pressoché concordi nel ritenere che il controllo di questo requisito non sia di tipo meramente formale, ma che debba spingersi ad un

---

[352] «Types of Class Ac
tions»
[353] «Certification Order; Notice to Class Members; Judgment; Issues Classes; Subcl
asses»
[354] Fondamentale, a tal proposito, è il noto precedente '*Eisen v. Carlisle and Jacquelin'*, 417 US 156, 177 (1974), secondo cui «nothing in either the language or history of Rule 23 [...] gives a court any authority to conduct a preliminary inquiry into the merits of a suit [...] to determine [...] it [...] may be maintained as a class ac

vaglio di tipo sostanziale di merito, purché desunto *ictu oculi* dagli atti già acquisiti alla causa e senza richiedere attività complesse di indagini, approfondimenti o adempimenti istruttori[355].

Ponendo da parte, invece, il requisito di omogeneità (cfr. *retro* § 2.2.1.), le due restanti condizioni riguardano il soggetto che ha proposto la domanda in qualità di proponente. Quanto al requisito sub. c), la legge parla genericamente di "conflitto di interessi", senza tuttavia indicare espressamente a chi debba essere riferito[356]. E' certo, ciononostante, che la vittima passiva sia da identificare nella classe medesima. Il conflitto in questione ricorrerebbe non solo laddove sia posta in essere una condotta processuale propriamente collusiva tra proponente (o suo difensore) e convenuto, ma altresì nelle altre situazioni tali da comportare un disallineamento di interessi tra parte rappresentativa e classe rappresentata[357]. In realtà, come taluno ha puntualmente obiettato[358], quest'ultima ipotesi non potrebbe essere accertata

---

tion».

[355] Il giudizio su tale requisito, stando alle parole del Tribunale di Roma, sez. XIII civ., ordinanza 11 aprile 2011, riguarda «la prospettazione in diritto posta a fondamento della pretesa, non la veridicità dei fatti costitutivi di essa, a meno che quest'ultima non sia ragionevolmente esclusa dalle prove allegate agli atti introduttivi del giudizio». Successivamente, la Corte d'Appello di Roma, investita del reclamo avverso l'ordinanza di inammissibilità su cit., ha affermato con l'ord. del 27 gennaio 2012, che la «domanda non manifestamente infondata è quella che, valutata dall'angolo visuale *si vera sunt exposita*, ha possibilità di essere accolta all'esito della seconda fase del giudizio, mediante il contributo probatorio che l'istruzione può apportare». E ha altresì specificato il significato della "non manifesta infondatezza": «non una valutazione prognostica, delibativa e sommaria della fondatezza della pretesa, bensì un esame dell'astratta fondatezza della prospettazione, ove i fatti allegati a suo fondamento si prestino ad un successivo approfondimento istruttorio». In questo senso cfr. anche la *Relazione* dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione n. 16 del 9 febbraio 2009.

[356] In generale la condizione in esame presuppone, per la sua ricorrenza, un'«effettiva divaricazione di situazioni giuridiche positivamente tutelabili, tra loro contrastanti in relazione ad un comune interesse, così da dover essere apprezzata in concreto» (ord. Ap. Torino, 23 settembre 2011, '*Altroconsumo c. Banca Intesa Sanpaolo'*)

[357] CONSOLO-ZUFFI in particolare ricorda come i più frequenti episodi di conflitti di interessi si siano registrati, nella prassi statunitense, con riguardo alle richieste di *certification* di c.d. *class actions* "virtuali" ossia di azioni volte a rappresentare le pretese di gruppi composti non solo dalle vittime attuali, ma anche da quelle potenziali dell'illecito plurioffensivo addebitato al convenuto. L'Autore considera tuttavia improbabile che in Italia si verifichino i macroscopici casi di conflitto di interessi che hanno conosciuto gli USA., «sia perché la delimitazione oggettiva dell'utilizzabilità dell'azione tende a contenere le ipotesi di classi virtuali (pur non escludendole del tutto, specie nei casi di danno da prodotto), sia e soprattutto per la cautela usata con riguardo all'eventualità di una transazione collettiva, per la cui efficacia sui crediti individuali è comunque necessaria l'esplicita adesione del singolo interessato. Tuttavia l'eventualità che sia l'impresa a selezionare l'attore collettivo – per garantirsi una controparte più malleabile o addirittura interessata al "naufragio" dell'azione e di tutti i suoi in- cauti aderenti – è giustamente contemplata anche dal legislatore italiano» (op. cit., p.187, nota 41)

dal giudice, dal momento che la classe non esiste ancora in questa fase. Come già accennato, infatti, con la stessa ordinanza con cui il giudice ammette l'azione, egli fissa il termine entro il quale dovrebbero effettuarsi le adesioni, e quindi se un conflitto ricorrerà, lo si potrà verificare soltanto in un momento successivo. Peraltro anche l'ipotesi in cui a confliggere sia l'interesse di un'associazione che agisca su mandato del proponente, verrebbe qui in questione la validità stessa del mandato e l'insussistenza della condizione sub d). Ad ogni modo, comunque si voglia delimitare il confine tra i due requisiti, resta fermo che tanto il conflitto di interessi, quanto l'adeguata rappresentatività appartengono entrambi al profilo del coretto esercizio del potere di azione collettiva e devono essere valutati non solo all'inizio del giudizio, ma durante tutto il suo corso. Sul piano comparatistico poi, si osserva che la *class action* d'oltreoceano non prevede espressamente tale requisito. Piuttosto, a seconda di come viene a prospettarsi in concreto, la questione è ricondotta talora nell'ambito del sindacato sulla *typicality,* al fine verificare che le pretese del proponente siano omogenee rispetto a quelle dei membri della classe rimasti assenti dal giudizio, talaltra sul versante dell'*adequacy of representation,* in tal caso al fine di scongiurare accordi collusivi con la controparte.

La condizione sub d), denominata «adeguata rappresentatività», è ripresa pressocché letteralmente dalla *Rule 23*(a)(4), ove è consentita la gestione collettiva della controversia da parte del campione-proponente rappresentativo dell'intera classe a condizione che «will fairly and adequately protect the interests of the class». Lo scopo del criterio in esame è quello di garantire la possibilità di imputazione degli effetti sostanziali che derivano dall'operato processuale del proponente in capo alla classe (esclusa dalla formale partecipazione al giudizio [359]), senza che si verifichi lesione dei loro diritti costituzionali ad un giusto processo[360]. Quanto ai criteri direttivi da adottare per valutarle il grado di rappresentatività

---

[358] TARUFFO, ult. op. cit., spec.
p. 119

[359] Alla classe nella sua interezza, e quindi comprendente sia la parte "attiva" (ossia quella formata dagli aderenti) e sia quella "passiva" (ossia formata dai consumatori non aderenti), dal momento che questi ultimi, in ogni caso, perdono la possibilità di agire in via collettiva in un momento successivo, sicché un adeguato controllo dell'ammissibilità dell'azione è posto altresì a loro bene
ficio.

compatibile con la condizione in esame, nel nostro ordinamento si è in passato a lungo discusso a chi spettasse tale valutazione con riferimento alla tradizionale legittimazione degli enti esponenziali. Nella prima versione dell'art. 140-*bis* ne era risultata, come visto, una soluzione di compromesso, consentendo ad agire da un lato alle associazioni la cui rappresentatività fosse già stata preventivamente riconosciuta *ex ante* in via amministrativa (gli enti *ex* art. 137 cod. cons.), dall'altro agli enti enti collettivi la cui rappresentatività fosse valutata in concreto dal giudice. Sul fronte comparatistico, invece, la *Rule 23* è più chiara nell'indicare espressamente una molteplicità di criteri ed elementi che il giudice deve tenere in conto nel caso concreto (e mai *ex ante*): ad esempio la capacità del proponente, ma soprattutto del difensore scelto (che come detto, spesso si rivela il vero *dominus* dell'azione collettiva) di condurre con determinazione (*vigorously)* il giudizio sullo scorta delle risorse monetarie o del tempo di cui è a disposizione; l'esperienza maturata in precedenti azioni collettive; la conoscenza dei fatti e della legge applicabile; le qualità personali quali l'onestà e la credibilità, e via dicendo[361]. In Italia invece, ci si è orientati su una tecnica redazionale particolarmente sintetica. Tuttavia, sebbene in via del tutto interpretativa, si è registrata un tendenza a recepire criteri di tal fatta da parte delle corti, ma con alcune rilevanti chiusure ideologiche, considerata l'enorme differenza di considerare il ruolo e i poteri del giudice nei due contesti giuridici in questione nonché l'impossibilità di dotare il giudice in sede di ammissibilità di poteri valutativi discrezionali basati su criteri non scritti nella legge[362]. In realtà, queste obiezioni non tengono conto della nuova formulazione dell'art. 140-*bis* cod. cons., che investono il giudice di una serie di consistenti attività che inevitabilmente implicano valutazione discrezionali di un certo peso.

---

[360] Si tratta in sostanza dell'insegnamento ereditato dal principio di diritto affermato dalla Corte Suprema federale statunitense nel noto caso *'Hansberry v. Lee',* 311 U.S. 32 (
1940).

[361] Sul punto cfr. FRCP, Rule 23(g), «Class Cou
nsel».

[362] A far luce su tale questione di carattere ad un tempo operativo ed interpretativo è DONZELLI, op. cit., p.1

4.2. L'ordinanza sull'ammissibilità e la conduzione della causa

In particolare, se si guarda all'ipotesi di esito positivo del giudizio di ammissibilità, queste considerazioni risultano particolarmente significative. Si tratta di una serie di previsioni contenute nel comma 9 dell'art. 140-*bis*[363]. Con l'ordinanza con la quale ammette la domanda in primo luogo il giudice definisce i caratteri dell'omogeneità dei diritti che potranno confluire nel giudizio. In sostanza, l'intervento giudiziale consiste nella precisazione della vicenda fattuale che l'attore afferma costituire il comune fondamento della pretese aggregate, provvedendo a specificare i criteri in base ai quali i potenziali aderenti saranno inclusi o meno a dalla classe[364]. Ciò che di fatto gli assegna un ruolo di primo piano nella definizione dei limiti oggettivi e soggettivi del giudizio: una corretta formazione della classe consente in definitiva di un consapevole e, quindi effettivo, esercizio della facoltà di adesione, favorendo l'allargamento della classe.

---

54 ss.

[363] Art. 140-*bis,* comma 9. «Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale fissa termini e modalità della più opportuna pubblicità, ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe. L'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda. L'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda. Con la stessa ordinanza il tribunale: a) definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione; b) fissa un termine perentorio, non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità, entro il quale gli atti di adesione, anche a mezzo dell'attore, sono depositati in cancelleria. Copia dell'ordinanza è trasmessa, a cura della cancelleria, al Ministero dello sviluppo economico che ne cura ulteriori forme di pubblicità, anche mediante la pubblicazione sul relativo sito inte
rnet».

[364] Ad esempio, specificando in modo dettagliato la tipologia di contratto o il contenuto della clausola illecita; precisando il tempo, il luogo e le ulteriori modalità della condotta lesiva; individuando il prodotto difettoso, il tipo di difetto e l'evento dannoso da esso scaturito, e via dicendo. Peraltro si dibatte se, nel silenzio della norma, si possa ricavare un potere di operare una suddivisione in sottoclassi, come è espressamente previsto dalla Rule 23(c)(5). Il che si rivelerebbe opportuno in tutte le ipotesi in cui, all'interno della classe definita dall'attore, i diritti siano suscettibili di essere ricondotti a due o più insiemi di pretese omogenee, ciascuno dei quali aggregato in relazione ad un nucleo di questioni e caratteristiche comuni, affinché si possa assicurare una migliore tutela delle posizioni individuali ed una più efficiente gestione del processo. Tuttavia come argomentato da MENCHINI-MOTTO, op. cit., §11 «la divisione della classe unitaria in sottoclassi, con ogni probabilità, impone di individuare, rispetto a ciascuna, un soggetto che assuma la veste formale di attore e un rappresentante tecnico; il che pone problemi in ordine alla gestione del processo di difficile soluzione in via interpretativa, in assenza di previsioni legali che si occupino di disciplinare espressamente tale eveni

Il giudice è altresì tenuto a determinare le forme e le modalità della pubblicità del provvedimento, con la precipua funzione di garantire una tempestiva adesione da parte dei consumatori interessati [365]. Tuttavia la norma non individua la parte onerata del suo compimento. Si tratta, come noto, di un aspetto fondamentale nell'ottica della predisposizione di un efficace apparato di incentivi al fine di incoraggiare i singoli ad intraprendere la via collettiva di tutela. A tal proposito è indubbio che, in linea di principio, il soggetto onerato sia il proponente-attore, realmente interessato al successo dell'iniziativa "promozionale". Tuttavia, non è di per sé escluso che, in taluni casi, la stessa impresa possa avere interesse ad eseguire la pubblicità, quando ad esempio intenda scongiurare il rischio di un allargamento fittizio della classe, qualora la notizia pervenga a soggetti estranei ad essa in quanto ne siano edotti grazie ad una pubblicità a largo raggio, ma dotata di minor selettività[366].

Nel determinare poi la prosecuzione del procedimento, avendo come principio-guida «l'equa, efficace e sollecita gestione del processo», il giudice gode di ampi margini discrezionali e dispone di incisivi poteri officiosi nella regolazione e nella direzione dello svolgimento delle varie fasi del procedimento («nel modo che ritiene più opportuno»), nonché nell'ambito dell'istruzione probatoria[367], sulla falsariga della *case management* che

---

enza».

[365] Il legislatore non impone né esclude il ricorso a determinate forme di pubblicità (anche quindi non individualizzate che implichino l'utilizzo di mezzi di informazione di massa), ma con l'unico limite che la forma prescelta, qualunque essa sia, dovrà rivelarsi un mezzo congruo allo scopo di raccogliere il maggior numero di ade
sioni.

[366] Sul punto si rinvia a MENCHINI-MOTTO, *ibidem,* «Si pensi, così, all'ipotesi in cui l'impresa sia in possesso dei dati dei *class members*; in tal caso, è possibile immaginare che l'impresa si faccia onere della comunicazione in forma privata a ciascuno di essi dell'avviso, in specie allorchè il costo sopportato è inferiore al danno che essa riceverebbe dalla sua diffusione presso il mercato di riferimento. In questo modo, non solo la pubblicità è maggiormente effettiva, ma essa, altresì, è meno pregiudizievole per l'impresa, di quella che potrebbe porre in essere il proponente, la quale si dovrebbe esplicare mediante forme di comunicazione, le quali, inevitabilmente, porterebbero l'avviso della proposizione dell'azione a conoscenza di soggetti non appartenenti alla cl
asse».

[367] A tal proposito è meritevole di essere rimarcato il disposto del comma 11 secondo cui «il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti». Si tratta in sostanza della riproduzione letterale della sezione (d)(1) della *Rule 23* che costituisce uno degli elementi di maggior novità del nuovo art. 140-*bis.* La *ratio* è quella di semplificare al massimo le attività di accertamento probatorio dei fatti complessi dedotti nella controversia in ragione delle peculiari esigenze di tutela dell'azione di classe (ad esempio, come già menzionato *retro*, allentando la rigorosità delle regole di determinazione del

ispira la speculare fase della *certification* disciplinata dalla *Rule 23*[368]. A fronte della complessità che connota la lite, appare di scarsa opportunità prevedere in via formale e astratta le modalità di svolgimento del procedimento, rimettendo direttamente al giudice le scelte che consentano di adeguare e meglio calibrare, secondo canoni di proporzionalità e ragionevolezza, le regole generali alle specificità del caso[369]. Si tratta di un aspetto coessenziale all'efficacia stessa del rimedio nel perseguire le sue finalità, dal momento che le esigenze di tutela collettiva delle diverse pretese giustifica una maggiore elasticità e duttilità nel conformarsi alle tradizionali regole processualcivilistiche, per consentire in ultima analisi l'effettiva praticabilità del giudizio collettivo.

Sotto distinto profilo, permane la stessa obiezione sollevata poc'anzi in relazione alla condizione sub c), ossia che la classe non esiste ancora e verrà (o forse no) a formarsi solo in base alle adesioni che perverranno nel termine fissato dal giudice con la stessa ordinanza con cui ammette l'azione. Ed anzi, appare evidente che la quasi totalità delle adesioni potrà concretamente pervenire soltanto dopo che sarà stata eseguita la pubblicità prescritta dalla legge, con la quale si dà notizia non tanto della mera pendenza dell'azione (di cui invero

---

nesso di causalità). L'unico limite in proposito stabilito dalla legge è il «pieno rispetto del contraddittorio», per cui nel dettare le regole concrete, il giudice dovrà garantire che le parti siano poste in grado di esercitare pienamente il potere processuale di allegazione e di eccezione, così da consentire, almeno potenzialmente, l'acquisizione al processo di tutti i fatti rilevanti e che possano esercitare pienamente i poteri istruttori, giacché il giudice potrà ritenere sussistente il fatto dedotto, solo se e in quanto abbia raggiunto il pieno convincimento in ordine alla sua esis
tenza.

[368] *Ibidem*, comma 11. «Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo. Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omessa ogni formalità non essenziale al contraddit
orio».

[369] Più precisamente, come rileva MENCHINI-MOTTO, op. cit., §14: «a) non sono scandite le fasi di svolgimento del giudizio e non è previsto che le attività processuali siano compiute secondo una sequenza ordinata di adempimenti successivi; b) non sono predeterminati i poteri processuali del giudice e delle parti, e, in specie, non sono previste modalità e termini per la proposizione di domande, eccezioni, allegazioni fattuali, contestazioni, richieste istruttorie, produzioni documentali; c) l'istruzione probatoria si svolge in assenza di regole legali in punto di prove ammissibili e modalità di acquisizione; inoltre, non sono individuati i soggetti su iniziativa dei quali le prove possono essere ass

molti interessati potrebbero già avere conoscenza, vista la risonanza mediatica che tali iniziative solitamente attraggono), quanto piuttosto che essa ha assunto elementi di fondatezza a seguito del riscontro positivo di ammissibilità. Prima di quel momento l'azione potrebbe apparire poco "appetibile" per il potenziale aderente in quanto caratterizzata da un esito ancora incerto e da una struttura non abbastanza solida ai suoi occhi. Tale criticità assume una pregnanza ancor più significativa se si pensa che la norma nulla dice in merito al numero degli aderenti, ovvero l'equivalente della *numerosity*[370]. Si tratta, secondo taluno[371], di uno dei punti deboli dell'istituto, stante la chiara difficoltà di poter procedere ai riscontri suddetti senza conoscere se altri aderiranno all'azione, chi sono costoro, e soprattutto, quanti saranno[372].

---

unte».

[370] A tal proposito affermano MENCHINI-MOTTO, op. cit., §4*:* «il giudice dell'ammissibilità non potrà non valutare l'adeguatezza del proponente anche tenendo conto del numero di coloro che hanno introdotto il processo, in quanto l'esiguità del numero dei promotori — pur non traducendosi automaticamente in una conclusione di tipo negativo, è però in grado di incidere sulla formazione del convincimento del tribunale e, soprattutto, rischia di trasformare il processo di classe in un processo « di pochi », pregiudicando così, in virtù della preclusione ex comma 14 della norma, ulteriori forme di tutela collettiva per lo stesso illecito e nei confronti della medesima impresa». La giurisprudenza ha tuttavia negato che l'esiguità del numero degli attori possa rilevare in questa sede, v. *ex multis* ord. Trib. Napoli, 9 dicembre 2011 ('*Assoconsum Onlus c. Banca della Campania'*): «non risulta «assolutamente prescritto tra i requisiti dell'azione uno specifico numero di consumatori superiore a quello dei soggetti parti del presente giud
izio».

[371] V. in particolare PORCARI, '*Aporie ricostruttive e qualche punto fermo nella «certification» dell'azione di classe',* in *Resp. civ. e prev.,* 2012, p.1626-1647, il quale, all'esito di un amaro bilancio, conclude: «E' auspicabile allora che il giudice dell'ammissibilità rifugga da interpretazioni restrittive della norma, non fermandosi all'inadeguato dato letterale, monco di riferimenti specifici al riscontro della numerosità della classe ante ordinanza ex comma 6 dell'art. 140-bis cod. cons. ma, ampliando opportunamente la sua indagine, valuti *ex actis* se vi è già un numero di adesioni sufficiente a far proseguire il giudizio sul binario della tutela collettiva o, in loro mancanza, decida se l'azione, sottoposta ad esame prognostico, possa realmente incontrare il favore di un numero di soggetti così elevato da giustificarne una positiva certifica
tion».

[372] A riprova della fondamentale funzione che assume la consistenza della classe in vista di una più efficace tutela sostanziale, MENCHINI-MOTTO, *ibidem*, ritengono in conclusione che: «solo in presenza di un numero elevato di diritti identici — valutazione, questa, da svolgere non in assoluto, ma relativamente ad un determinato mercato di riferimento —, nonché della prognosi di elevata partecipazione dei singoli alla domanda proposta, è giustificato il ricorso alla tutela collettiva dei diritti soggettivi, anziché la loro deduzione mediante giudizi indivi

5. Effetti del giudizio

L'istituto della cosa giudicata civile si sostanzia in due distinti effetti che la pronuncia di merito produce all'esito del processo: a) l'effetto sostanziale «conformativo» e di «accertamento» di cui all'art. 2909 da un lato, e b) l'effetto processuale «consumativo» espressione della regola del *ne bis in idem* dall'altro[373]. Nel giudizio di classe *ex.* art. 140-*bis* entrambi gli effetti si producono in capo alla classe e al convenuto. Questa affermazione tuttavia necessita di alcune puntualizzazioni.

Per quanto concerne l'efficacia sostanziale sub a), essa si produce sull'impresa convenuta e sulla classe dei danneggiati con l'esclusione però dei membri non aderenti all'azione. Il giudizio collettivo è rivolto, come detto addietro, ad accertare la fondatezza di un'unica domanda di classe, anziché di tante domande individuali. Si assiste quindi ad un'operazione logica di astrazione fondata sul rapporto di comunanza delle questioni dedotte che giustifica e legittima in primo luogo la trattazione e l'istruzione "aggregata" della controversia, e, successivamente, l'estensione degli effetti del giudizio in capo agli appartenenti alla classe[374]. Oggetto dell'efficacia di accertamento è l'esistenza (e quindi la condanna del convenuto secondo le modalità predette di cui al comma 12) o l'inesistenza dei diritti soggettivi individuali con la domanda introduttiva dal proponente o con separati atti di adesione dagli altri consumatori. Per mezzo dell'adesione, si è detto, i crediti dei soggetti danneggiati vengono cumulativamente dedotti in giudizio e, sebbene attratti nell'alveo dell'unica domanda del proponente-parte formale, i loro titolari assumono volontariamente le vesti di parti sostanziali del processo rimanendo vincolati ai suoi effetti[375]. L'unica possibilità di sottrarvisi "in corsa" risiede nella facoltà di revoca già menzionato.

---

duali»

[373] Per una approfondita trattazione del tema si rinvia a DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori,* op. cit., capitolo IV, «Dall'oggetto agli effetti del giud
izio».

[374] Come già riportato, il comma 14 dell'art. 140-*bis* prevede che «La sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti. È fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collet
tiva».

L'effetto di «consumazione» sub b), invece, concerne il potere di azione e si spiega tanto sulla classe "attiva" (proponente e aderenti) quanto su quella "passiva", ossia i consumatori che si siano astenuti dalla partecipazione dal giudizio. Il principio generale che regola questo aspetto stabilisce che l'azione di cognizione si "consuma", non essendo più proponibile, solo quando produce i suoi effetti tipici. Pertanto quanto disposto dal comma 14, prima parte («Non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9») vale soltanto per l'ipotesi in cui l'azione di classe conduca ad una sentenza di merito contenente l'accertamento positivo o negativo dei diritti dedotti. Cosa che non si verifica affatto qualora il giudizio si chiuda in rito (ad es. in conseguenza di un'ordinanza che dichiari l'inammissibilità)[376]. La *ratio* è quella di preservare l'unicità dell'azione di classe mediante il coordinamento tra le diverse iniziative giudiziali, evitandone la coesistenza, come chiarisce inequivocabilmente la seconda parte del comma 14 («[…]Quelle proposte entro detto termine sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice»)[377]. Per determinare, poi, i limiti dell'effetto in questione, occorre far riferimento all'oggetto del giudizio e con esso all'azione che gli corrisponde. Più precisamente, nell'azione di classe ciò può avvenire guardando all'ordinanza che ammette l'azione, con la quale il giudice *ex* art. 140-*bis*, comma 9, lett. a),

---

[375] La pronuncia di regola ha contenuto eguale rispetto a tutti i soggetti interessati. Tuttavia è data la possibilità astratta di eccezioni dovute all'esistenza di questioni di tipo personale, laddove cioè il tribunale ravvisi fondate talune eccezioni o difese del convenuto nei confronti di alcuni creditori e non anche di altri, ovvero qualora, accogliendo la domanda, adotti criteri diversi nella determinazione del *quantum* spettante ad o
gnuno.

[376] Il successivo comma 15 conferma, anziché smentire, questo as
sunto.

[377] In proposito MENCHINI-MOTTO, *op. cit.*, §17 osservano: «Le intenzioni del legislatore sono evidenti: con riguardo ad una medesima condotta e contro uno stesso convenuto, può essere svolto un unico processo di classe, la tutela in forma collettiva può avere luogo una volta soltanto; inoltre, le due domande, a seguito di riunione o di riassunzione, vengono fuse in una sola causa, condotta da un'unica parte, il giudizio è unitario non solo formalmente, ma anche sostanzialmente, vuoi sotto l'aspetto oggettivo vuoi dal punto di vista sogget

«definisce i caratteri dei diritti oggetto del giudizio […]». Soltanto nei confronti dei consumatori titolari dei diritti omogenei definiti dal giudice e che abbiano aderito all'azione (la classe "attiva") si produrrà l'effetti di "consumazione" di agire nuovamente e per gli stessi fatti sia in via collettiva che in via individuale. Coloro che invece abbiano preferito rimanere estranei alla controversia (la classe "passiva") conservano pur sempre il loro potere di azione individuale da esercitare in un momento successivo. In quest'ultimo caso è stata avanzata l'ipotesi che il singolo possa avvalersi del solo[378] giudicato favorevole formatosi nel processo di classe, ma a tal proposito, si rileva come a una tale conclusione si oppongano sia i limiti del giudicato poc'anzi descritti, sia la lettera e la *ratio* della legge. I primi, poiché la sentenza che accoglie la domanda contiene l'accertamento esclusivamente dei diritti soggettivi dedotti in giudizio e non invece sul fatto costitutivo dell'illecito, che invece costituisce una mera questione preliminare di merito ed è deciso *incidenter tantum.* I secondi, poiché il comma 14 è perentorio nel circoscrivere gli effetti sostanziali della sentenza ai soli aderenti: parrebbe quindi una forzatura del tutto irragionevole ammettere l'inclusione di coloro i quali hanno deciso consapevolmente di rimanere a guardare[379]. Fondata invece è la tesi secondo cui la sentenza collettiva possa essere invocata nel procedimento individuale, quale precedente, al fine di concorrere a formare il convincimento del giudice in ordine ai punti a rilevanza comune. Ma, *ça va sans dire*, il valore del precedente in un sistema di *civil law* non ha ovviamente la forza vincolante di un equivalente provvedimento pronunciato da una corte anglosassone. Si capisce, quindi, una volta di più, l'importanza del ruolo del giudice nell'individuazione della classe e nella fissazione della precisa cornice fattuale alle quale si ricollegano i diritti individuali dei consumatori.

---

tivo».

[378] Naturalmente si esclude l'ipotesi inversa, che si tradurrebbe in una efficacia *ultra partes* del provvedimento di rigetto del tutto incompatibile col rispetto, costituzionalmente garantito, del diritto di difesa dei consumatori che non hanno preso parte al procedimento in cui esso si è fo
rmato.

[379] Affermano i due Autori, *ibidem,* «il singolo può promuovere l'azione o aderire a quella da altri proposta; invece, egli non può restare alla finestra e, quindi, non mettere in gioco il suo diritto soggettivo, salvo poi avvalersi dei risultati positivi da altri ottenuti: egli o partecipa alla causa della classe, accettandone tutti i possibili esiti (positivi o negativi), o ne rimane fuori, ed allora il suo diritto, come non è pregiudicato dal risultato del processo collettivo, così non può trarre vantaggi da qu

6. La transazione nella lite di classe

Il legislatore nostrano non ha introdotto particolari meccanismi di regolazione del possibile esito conciliativo-transattivo nel giudizio di classe, limitandosi a prevedere al comma 12 che, in caso di sentenza di accertamento positiva della responsabilità del convenuto con determinazione dei criteri di calcolo[380], venga assegnato alle parti un termine (non superiore a 90 giorni) «per addivenire ad un accordo sulla liquidazione del danno».

Al di là di questa eventualità, non è stato predisposto alcuno strumento volto ad agevolare la composizione stragiudiziale dell'azione di classe, anzi, rimane fermo il principio generale secondo cui la rinuncia all'azione o la transazione della lite di classe esige il previo consenso dei consumatori/utenti aderenti (v. comma 15)[381]. Disposizione che riflette un chiaro intento legislativo di evitare che esiti compositivi iniqui o frutto di collusione possano ricadere automaticamente nella sfera giuridica dei soggetti partecipanti al giudizio. In dottrina sono state avanzate una serie di ipotesi volte a colmare il silenzio della legge sul punto. Una questione fondamentale ruota attorno all'individuazione dello spazio temporale entro cui è data la possibilità di pervenire ad una soluzione compositiva, aspetto che inevitabilmente condiziona anche l'estensione della sua portata vincolante, a sua volta influenzata dal regime di adesione che informa il nostro sistema. Un eventuale accordo intercorso fra gli aderenti da un lato e l'impresa convenuta dall'altro non ha l'effetto di precludere né le azioni individuali né l'instaurazione di un nuovo processo di classe fondato sulla medesima *causa petendi* da parte di coloro rimasti estranei, dal momento che tale accordo equivale ad una chiusura in rito della controversia. Diverso è il caso in cui soltanto alcuni degli aderenti accettino la definizione stragiudiziale. In tal caso l'azione dovrebbe proseguire, previa "estromissione" dalla classe dei consumatori per i quali la materia del contendere è cessata. Maggiori criticità

---

esto».

[380] Si tratta della condanna cd. "generica", di cui si è detto add
ietro.

[381] A tal proposito occorre precisare che in realtà la norma sulla vincolatività dell'accordo compositivo per i soli aderenti accondiscendenti vale per qualsiasi metodo di risoluzione non giurisdizionale della controversia (non solo per la transazione e la rinuncia, come parrebbe dal dato test

si manifestano per l'evenienza che la transazione coinvolga anche il proponente. L'estromissione di costui infatti, in quanto unica parte formale, dovrebbe a rigore dar luogo all'estinzione dell'intero processo, a meno che taluno degli aderenti ne prenda volontariamente il posto, purché beninteso si dimostrino a loro volta in possesso di tutti i requisiti occorrenti. Tuttavia l'ipotesi di un "eroismo" solitario è assai remota, poiché, come noto, è proprio l'incentivo economico offerto dalla possibilità di trarre gli effetti sostanziali dal processo, senza farne parte e quindi senza dover subire alcun esborso in caso di rigetto, ad esercitare un rilievo fondamentale nella scelta della modalità di partecipazione al giudizio collettivo in veste di semplice aderente. Il proponente, in definitiva, sul piano dei poteri dispositivi sostanziali, opera a titolo puramente personale, e non come rappresentante della classe: «In questi termini ad una *massima "libertà dispositiva" formale* in capo all'attore corrisponde una minima *potenza negoziale*, ossia ben poco da offrire sul piano sostanziale. L'attore collettivo non può infatti disporre dei crediti portati dalle adesioni, salvo che per apposita procura speciale, originaria o sopravvenuta, degli aderenti»[382]. Sotto questo profilo sono evidenti i problemi recati dalla scelta del nostro legislatore dell' *opt-in.* Tale metodo infatti, per le sue caratteristiche fisiologiche, ostacola la formazione di un interlocutore definitivo sia per il convenuto che intenda pervenire ad una rapida composizione stragiudiziale e che invece si trova a dover fare i conti con l'eventualità che una vera "global peace"[383] rimanga un miraggio, considerato il costante spettro di future azioni individuali da parte dei consumatori non aderenti[384]; sia per l'attore collettivo (o l'associazione di cui si sia

uale).

[382] CONSOLO-ZUFFI, op. cit., p.318

[383] V. *retro,* capitolo II, §5.1.

[384] In particolare GITTI-GIUSSANI, *La conciliazione collettiva*, Giuffrè, 2009, "Introduzione", si mostrano assai critici verso l'attuale assetto della disciplina avanzando due possibili soluzioni al riguardo: «Una consiste nel riequilibrare l'eccessiva prudenza della norma in tema di conciliazioni introducendo, come da più parti si auspica, il sistema del recesso (c.d. *opt-out*) in luogo di quello dell'adesione (c.d. *opt-in*): tale opzione suggerisce infatti proprio di escludere – almeno in un sistema di derivazione romanistica – che la conciliazione collettiva pregiudichi quanti non l'accettino. L'altra consiste nel conservare il meccanismo dell'adesione ma ammettere esplicitamente che il proponente l'azione collettiva possa conciliare le pretese degli aderenti». In senso critico si colloca anche DONZELLI, voce *'Azione di classe risarcitoria'*, in "Diritto on line" - Treccani,

avvalso) che intenda minimizzare le spese a fronte comunque di una proposta che soddisfi proficuamente le pretese risarcitorie dei danneggiati. Per altro verso, l'opzione ipergarantistica alla base del sistema di adesione, per quanto poco rispondente alle esigenze sottese alla realtà economica, si rivela estremamente aderente alle finalità di trasparenza e tutela effettiva dell'istituto, da tenere in considerazione anche, e specialmente come la prassi statunitense dimostra, in questo snodo rilevantissimo dell'andamento processuale.

2014: «Il legislatore, di contro, avrebbe potuto contemplare un sindacato sulla meritevolezza dell'accordo transattivo concluso al fine di estendere l'efficacia vincolante del negozio anche agli aderenti. Oppure avrebbe potuto prevedere un meccanismo di approvazione dello stesso, facendo leva sul meccanismo di silenzio-assenso recentemente introdotto dall'art. 178, co. 4, l. f

CONCLUSIONI

Al termine del percorso ricostruttivo svolto nell'arco della trattazione, è giunto il momento di tracciare un bilancio complessivo delle principali tematiche emerse. E' lecito, quindi, domandarsi, se, e in che misura, il lungo dibattito sui rimedi giurisdizionali collettivi da tempo affacciatosi nella coscienza giuridica comune abbia dato i suoi frutti nel nostro ordinamento. Occorre, più precisamente, capire se le molteplici finalità che l'istituto della *class action* assolve nel modello statunitense di riferimento, siano state parimenti realizzate, nel sistema di responsabilità civile tipica di un contesto di *civil law*, dal congegno processuale introdotto in Italia dall'art. 140-*bis* del Codice del consumo. Si tratta cioè di quegli obiettivi, più volte menzionati e debitamente analizzati, di innalzamento del livello di effettività della tutela delle situazioni soggettive pregiudicate, di riemersione del contenzioso latente, di accesso alla giustizia e riequilibrio delle poste in gioco fra parti occasionali e *frequent players*, nonché, a livello *latu sensu* metagiuridico, di capacità socialmente rilevanti di *private enforcement* e *deterrence* delle condotte imprenditoriali illecite commesse su larga scala, e non da ultimo di deflazione del contenzioso seriale con evidenti ricadute positive per la collettività in termini di ingenti risparmi di spesa dell'amministrazione della giustizia.

Invero, l'atteggiamento prevalente che si ricava dalle conclusioni cui perviene la letteratura è di pressoché sfiducia e pessimismo nei confronti delle potenzialità effettive dello strumento giuridico, così come delineato dal legislatore nostrano. Un dato indiscutibile sormonta qualsivoglia considerazione di merito: dal 1° gennaio 2010 (data di introduzione dell'istituto) al 2016, in circa sei anni di vigore, sono state esperite soltanto 58 azioni collettive risarcitorie. Di queste, unicamente 10 hanno superato il vaglio di ammissibilità e 2 sono state decise nel merito in favore della classe ricorrente. Tutte le altre sono state variamente dichiarate inammissibili, conciliate o lasciate estinguere per inattività della parte attrice[–]. Si tratta di una panoramica che certifica impietosamente il magro bilancio dei risultati ottenuti finora, soprattutto se confrontati alle elevate aspettative che da decenni si

erano concentrate attorno alla tematica dei rimedi collettivi risarcitori e che vedevano nell'azione di classe una "panacea" per gli effetti collaterali del modello attualmente dominante di sviluppo economico. Certamente bisogna riconoscere che l'art. 140-*bis* paga lo scotto della sua giovane età anagrafica che rende del tutto prematura una valutazione circa la sua adeguatezza ed effettività nel lungo termine, se si pensa ai quasi otto decenni che separano l'introduzione della *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure* dal suo attuale assetto e fisionomia, peraltro senza dimenticare che le periodiche riforme organiche subite nel corso degli stessi hanno contribuito ad adattare il congegno agli incessanti cambiamenti dei rapporti economici e sociali, finendo per renderlo *responsive,* ossia pienamente aderente alla realtà fattuale. D'altra parte, gli interventi di *restyling* dell'istituto ancora in fase di rodaggio, compiuti ad oggi dal nostro legislatore (dapprima nel 2009 e subito dopo nel 2012) trasmettono la sensazione contraria di una normativa imprecisa e poco ponderata nelle implicazioni e nei risvolti complessivi, frutto di un atteggiamento eccessivamente cauto e sospettoso nell'attuare quella difficile opera di trasposizione giuridica di un istituto altrove esistente. Più in particolare, la normativa si è dimostrata, come ci si appresta a dire, inadatta a recepire le conclusioni cui perviene la teoria economica del diritto, a cui invece è parso da sempre ispirarsi il legislatore statunitense, assumendosi anche i connessi rischi di distorsione ed abuso dello strumento da parte dei soggetti che lo utilizzano, salvo agire tempestivamente per correggerne le criticità: si pensi, in tal senso, alle pratiche collusive ricorrenti nella prassi d'oltreoceano, le quali, amplificate da un'eco mediatica allarmistica, sono spesso suonate agli osservatori italiani come un chiaro monito a scongiurare l'imitazione di quel modello e ricercare piuttosto una via alternativa. Questo percorso ad ostacoli per un verso è stato dominato da una tendenza ad approcciarsi gli aspetti più distanti dalla nostra cultura tramite la luce riflessa delle categorie e degli istituti civilistici tradizionali, con l'evidente rischio di eliderne la portata innovativa; per altro verso, e del tutto diametralmente, esso è stato condotto impiegando una tecnica normativa non proprio raffinata di *copy and paste*, senza preoccuparsi di adattare gli elementi caratterizzanti del paradigma di riferimento alle esigenze e alle peculiarità dell'ordinamento importatore, ma anzi spingendosi all'elaborazione di

soluzioni processuali tanto inedite quanto di incerti e claudicanti definizione e inquadramento, con il risultato di aver reso le azioni finora intentate più che l'atteso banco di prova delle potenzialità dell'istituto, una secca nella quale si incagliano le richieste di giustizia tra annose questioni interpretative ed enormi problemi applicativi. Difficoltà e problematiche del tutto comprensibili, se si pensa che la materia di riflessione sottesa all'introduzione dell'istituto in esame, travalica i confini meramente tecnico e si proietta su temi di notevole ampiezza, tra cui *in primis* il superamento epocale della concezione del diritto privato, tanto sostanziale quanto processuale, come attinente alla *singulorum utilitas,* a favore della creazione di uno strumento che persegua, accanto a scopi opportunistici e contingenti, interessi di rilevanza generale e collettiva. E' proprio tale aspetto ad aver principalmente contribuito alla fortuna riscossa dalla *class action* federale statunitense quale potente strumento di regolazione e deterrenza delle condotte illecite plurioffensive originato da un'iniziativa giudiziale individuale sovente precorritrice ed anzi propedeutica rispetto all'intervento inevitabilmente tardivo del legislatore sulla regolamentazione del settore economico di volta in volta interessato.

Ciò premesso, occorre procedere offrendo al lettore una visione d'insieme delle principali analogie e differenze tra i due modelli presi a riferimento per l'analisi condotta. Molti, e assai rilevanti, sono infatti gli elementi di difformità nella fisionomia dell'istituto regolato dalla legge italiana rispetto a quella federale statunitense, alcuni dei quali trascinati sul banco degli imputati per aver concorso all'insuccesso ad oggi registratosi.

Anzitutto è *ictu oculi* evidente come gli intenti del legislatore italiano ad apprestare protezione alle situazioni sostanziali di volta in volta coinvolte si sia rivelata assai meno ambiziosa rispetto al collega d'oltreoceano. Mentre negli Stati Uniti, infatti, la *class action* è congegnata in modo da coprire potenzialmente l'intera area dei *mass torts* subiti da gruppi socialmente rilevanti e tale da rendere lo strumento inviso a potenti gruppi economici operanti nei più svariati settori, in Italia invece si è privilegiata la più cauta via del ristretto modello consumeristico, che consta di una serie di limitazioni soggettive e oggettive che in definitiva riducono notevolmente l'ambito di applicazione dell'istituto e non risponde

compiutamente alle emergenti aspirazioni di giustizia (basti pensare alla macroscopica lacuna del settore ambientale o finanziario). Peraltro, se a ciò si aggiunge la rigorosità con cui finora è stato interpretato il requisito della comunanza delle pretese nelle aule di giustizia, spesso rendendo del tutto utopistica la deduzione di danni non patrimoniali bisognosi di un complesso accertamento delle questioni personali, ben ci si avvede del rischio finale che l'istituto sia destinato a coprire quasi esclusivamente l'area degli *small claims* dall'esiguo valore economico.

Se sotto questa angolatura le due normative appaiono alquanto divergenti, la frattura sembra ricomporsi sul piano della legittimazione. Infatti, anche il legislatore italiano, dopo un primo ripensamento, ha optato per una via di accesso individuale e di carattere "diffuso" in capo a ciascun soggetto danneggiato, ovviamente subordinandola, come d'altronde fa anche la *Rule 23,* al possesso di alcuni requisiti tra cui quello comune dell'adeguata rappresentatività (o *adequacy).* Tuttavia, in entrambe le esperienze, le ragioni del diritto vivente sono finite per prevalere sulla *littera legis.* Si tratta del tema ampiamente trattato del finanziamento della lite. Anche qui si registrano una serie di divergenze assai rilevanti fra i due ordinamenti in esame. Mentre infatti oltreoceano si è assistito al formarsi di una potente e temeraria classe forense specializzata nella gestione delle controversie collettive (il cd. *entrepeneurial bar),* vero protagonista del giudizio in esame che, facendo leva sul nutrito apparato di congegni processuali colà previsti, ne ha garantito l'efficacia dell'operato favorendo l'emergere di istanze altrimenti condannate all'oblio; in Italia, al contrario, la carenza di un idoneo apparato di incentivi economici è di fatto assurto a uno dei principali epicentri di inefficienza dell'istituto. Come la lunga esperienza nordamericana ha insegnato, la fortuna dell'azione collettiva è fisiologicamente legata all'analisi gius-economica del rapporto costi/benefici per chi la promuove. Lì, infatti, sono diversi i fattori che concorrono a rendere razionalmente preferibile la via collettiva e a garantire la *reductio ad unitatem* delle pretese in capo ad una sola parte processuale (il *class representative).* L'azione di classe può infatti assicurare efficienza nella gestione del contenzioso seriale soltanto se il proponente compie investimenti considerevoli, i quali sono a loro volta giustificabili razionalmente solo

se il ritorno economico atteso e attualizzato è positivo. Si pensi in tal senso, all'effetto combinato dell'assenza della *loser-pays rule* per la ripartizione delle spese e del massiccio ricorso alle *contingency fee* e all'irrogazione di pesanti *punitive damages*, un vero e proprio volano trainante per i cospicui investimenti economici delle *law firms.* Essi, tuttavia, se da un lato rendono maggiormente oculata la valutazione di fondatezza della domanda da parte dei legali rappresentanti, dall'altro invece, lasciando intravedere allettanti prospettive di guadagno futuro, spesso finiscono per rendere prioritari gli interessi economici rispetto alla leale e corretta tutela della classe assistita, con il rischio che risolto positivamente un noto fallimento di mercato (il comportamento opportunistico dei singoli che ne impedisce l'aggregazione in giudizio*),* ad esso ne subentri quello ulteriore del conflitto di interessi, spesso foriero di manovre e accordi collusivi orchestrate a danno della classe, secondo la ben nota dinamica *principal-agent.* Ma, va d'altro canto riconosciuto il merito al legislatore statunitense di aver tradotto le critiche sollevate in relazioni a tali fenomeni distorsivi emersi nella pratica in opportuni e tempestivi accorgimenti che hanno portato nel corso degli anni all'introduzione di una serie di antidoti ispirati al comune intento di riallineare interessi contrapposti. E ciò anche e sopratutto grazie alla notevole malleabilità della norma tipicamente anglosassone, che ha lasciato pressoché immutato il dato testuale, delegando piuttosto alla giurisprudenza delle corti la funzione di recepire uniformemente la volontà del legislatore. Potrebbe dunque apparire che l'attore collettivo sia in balìa di avidi professionisti-imprenditori interessati al proprio tornaconto. La classe forense, sospinta dall'interesse verso un compenso assai remunerativo, valuta le *chances* di vittoria dell'azione di classe e, nel caso di prognosi positiva, ne sopporta in via anticipata gli ingenti costi. Il rovescio della medaglia svela però risvolti decisamente positivi anche per la parte danneggiata, che risulterà esonerata da ogni spesa e da ogni rischio e dunque incentivata ad attivare il rimedio favorendo l'emersione di istanze a cui avrebbe altrimenti rinunciato. Ed è proprio in questo delicato equilibrio di interessi contrapposti che risiede la forza e l'efficacia alla *class action*.

Il confronto con il nostro sistema è alquanto deludente. L'iniziativa individuale del singolo consumatore è ipotesi più fittizia che reale. A tal proposito, sarebbe stato sensato

predisporre regole *ad hoc* di ripartizione delle cd. spese legali in deroga all'altrove indiscusso principio di rimborso delle spese altrui da parte del soccombente. Il rischio è che un soggetto danneggiato rinunci preventivamente a far valere pretese fondate, spaventato dagli ingenti costi non ripetibili dovuti alle note lungaggini del processo italiano. Aggiungasi a ciò, che l'evidente rigorosità del vaglio preliminare previsto sulla falsariga della *certification* statunitense, crea ulteriori disincentivi, dal momento che è molto probabile l'arresto precoce dell'*iter* già allo scrutinio di ammissibilità, con il rischio per l'impavido attore collettivo di dover sopportare non solo le spese di lite, ma anche quelle di pubblicità dell'ordinanza negative, oltre all'eventuale sanzione per lite temeraria ex art. 96 c.p.c.

Ciò non significa, peraltro, che le azioni di classe contro gli illeciti di massa possano funzionare veramente solo in presenza di un regime normativo che in materia di spese assommi le stesse identiche regole vigenti negli USA. Di sicuro, però, affinché il complesso e delicato espediente processuale in questione possa conseguire i risultati sperati, deve poter contare su di una serie di congegni che garantiscano un sufficiente interesse alla promozione dell'azione insieme a pressanti forme di controllo e di gestione del procedimento da parte dell'organi giurisdizionale imparziale.

Per altro verso, poi, la classe forense italiana è ben lontana dall'emulare la mentalità imprenditoriale dei colleghi d'oltreoceano, e ciò più per la quasi totale mancanza di un funzionale apparato di incentivi, che per suo intrinseco difetto. Il nostro ordinamento è, invero, ancora fortemente radicato ad una concezione deontologica rigida della professione forense, e ciò spiega il motivo dello sfavore nei confronti del patto di quota-lite, che malgrado il recente riconoscimento di legittimità, fatica a raggiungere la diffusione, la praticità e, soprattutto, le sostanziose percentuali che invece si ritrovano nella prassi giudiziale statunitense. Storicamente nel nostro Paese, per far fronte alla questione del finanziamento della lite, si è in concreto devoluta la promozione di azioni collettive al consociativismo privato, quale solitario presidio nella lotta per il riconoscimento dei diritti di portata sovraindividuale. Questo stato di cose non si rivela del tutto risolutivo né sotto il profilo del conflitto di interesse, né sotto quello del finanziamento della lite. Se da un lato la tradizione

giuridica del nostro paese ha incoraggiato la crescita del settore non-profit e la formazione di svariate associazioni a protezione dei diritti di consumatori e utenti, è pur vero che si tratta di organizzazioni alla continua ricerca di entrate, e perciò interessate principalmente al potenziale impatto mediatico dell'iniziativa giudiziaria, da cui dipende il proprio ritorno finanziario in termini di contribuzioni spontanee, piuttosto che all'effettivo ristoro del danno subito dai soggetti rappresentati. Conseguentemente si ripropongono in relazione ad esse interrogativi simili a quelli che attanagliano il privato cittadino, quando debbano decidere se sottoporre parte delle sue sostanze all'alea del processo collettivo a fronte di minime possibilità di guadagno. Si capisce, quindi, il loro atteggiamento opportunistico nel selezionare scrupolosamente soltanto quelle iniziative promettenti tanto dal punto di vista mediatico, quanto all'alta probabilità di successo e alla minima esposizione finanziaria. Per di più esse sono sprovviste delle competenze necessarie a valutare l'apparenza di fondatezza della medesima nonché le delicate questioni procedurali insite nell'applicazione dell'art. 140-*bis*. Pertanto, per quanto attiene all'aspetto del finanziamento della lite, snodo fondamentale per il buon funzionamento delle forme di tutela collettiva, l'azione di classe italiana, in mancanza di un'adeguata rete di incentivi, è destinata inevitabilmente a rimanere un rimedio in cerca di autore (*rectius* promotore). Da un punto di vista più propriamente attinente alla struttura processuale, la principale differenza emersa dalla comparazione è ravvisabile nella distinta modalità di partecipazione degli *absent members* al procedimento. Aspetto che inevitabilmente comporta implicazioni di notevole rilevanza. L'azione di classe regolata all'art. 140-*bis* si basa sul meccanismo di adesione (detto di "*opt-in"),* che si caratterizza per il fatto assoggettare al giudicato formatosi nel processo di gruppo esclusivamente i soggetti che tramite un volontario atto di adesione vi si sottopongano, peraltro entro un lasso di tempo assai limitato (che spetta al giudice fissare in misura non superiore a 120 giorni). Conseguentemente non c'è automatica vincolatività degli effetti della decisione per tutti gli appartenenti alla categoria rappresentata da chi agisce in giudizio, come invece accade per il sistema statunitense di "*opt-out"*. Tale scelta, giustificata a suo tempo per una maggiore aderenza ai principi costituzionali di diritto di difesa e giusto processo a garanzia delle parti

rimaste estranee ad esso, tuttavia ha manifestato tutta la sua inadeguatezza alla prova dei fatti. Sebbene la norma non richieda particola formalità per la compilazione dell'atto di adesione, ed anzi ne incoraggi il deposito autonomo da parte del componente della classe senza l'ausilio di un difensore e addirittura per via fax o mail, cionondimeno la difficoltà e i costi di procedere ad una adeguata pubblicità dell'azione ammessa nonché il modesto valore delle singole pretese fanno sì che a prevalere sia il disinteresse, col risultato di vere e proprie *empty classes* dallo sparuto numero di componente (vi è già qualche precedente di azioni con un solo aderente). Non risolleva affatto tale sorte, forse per mancanza di reale consapevolezza, lo spettro dell'effetto "consumativo" del potere di azionare il rimedio collettivo per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine Peraltro ad aggravare tale effetto milita l'interpretazione estremamente rigorosa adoperata dai tribunali finora interpellati in relazione al requisito di «omogeneità» che i diritti degli aderenti devono soddisfare, come peraltro testimonia l'esiguo numero di cause ammesse a seguito dell'udienza-filtro. L'estrema selezione del numero degli aderenti è quindi tale da compromettere la funzione stessa dell'azione, in termini sia di facilitazione dell'accesso alla giustizia, sia di riparazione dei danni seriali causati dall'illecito. Obiettivi invece più agevolmente realizzati da un sistema di recesso (*"opt-out")* prescelto dal legislatore statunitense, che comportando l'automatica inclusione di tutti i componenti della classe danneggiata (consapevoli o meno della pendenza dell'azione), favorisce la certezza sull'entità e il valore della controversia, consentendo peraltro di addivenire più facilmente a quello che rappresenta l'esito ottimale della *class action*: ossia la conciliazione della lite e la sua definizione una volta per tutte. Con evidenti ricadute positive sulla certezza del diritto (si pensi alla cd. pace globale auspicabile da parte del convenuto ma più in generale favorevole all'affermazione del diritto sostanziale) nonché sotto il profilo della deterrenza, giacché in tali casi oggetto della controversia è pressoché l'intero pregiudizio causato dall'illecito.

Si è detto, inoltre, che un tratto distintivo della *class action* statunitense è dato dalla presenza di danni punitivi inflitti in via sanzionatoria nei casi in cui la condotta dell'agente possa essere qualificata dolosamente preordinata o gravemente negligente. Il loro vertiginoso

valore, di gran lunga superiore al risarcimento dei danni realmente prodotti dall'illecito (spesso anche di tre volte), non soltanto incide concretamente sul piano degli incentivi a favore dell'azione degli studi legali, attratti dalla prospettiva di poter abbondantemente ripagare il loro investimento; la loro frequente concessione da parte delle giurie popolari, sovente condizionate da valutazioni di "*emotional justice*", si rilevano un potente strumento di deterrenza per l'intera comunità dei consociati, tale da dissuadere la commissione di quei comportamenti che la sensibilità pubblica ritiene riprovevoli. *Unum castigabis, centum emendabis:* dunque la punizione esemplare di un operatore professionale diviene un mezzo attraverso cui il sistema capitalistico si autocorregge e progredisce verso una regolazione sempre più efficace delle attività economiche. L'assunto da cui parte la dottrina dei *punitive damages* americana è ancora una volta di tipo economico: un soggetto rinuncerà ad intraprendere una data attività ove ritenga che da questa possano provenirgli più rischi che vantaggi. In Italia invece, l'assoluta estraneità dell'istituto rispetto al tradizionale assetto della giustizia civile, assieme allo spauracchio delle possibili conseguenze dirompenti per la tenuta dell'intero tessuto economico-produttivo del Paese, ne hanno determinato l'ostracismo e la contrarietà all'ordine pubblico più volte certificata dalla Suprema Corte di Cassazione. Purtroppo è evidente che in molti casi la prospettiva di un'eventuale condanna al solo risarcimento del danno con funzione risarcitoria possa risultare troppo debole per controbilanciare i vantaggi che un comportamento illecito comporti, pervenendo inesorabilmente a fenomeni di sotto-deterrenza.

In conclusione, l'azione di classe vigente oggi in Italia ha evidenziato l'inadeguatezza complessiva del nostro meccanismo di tutela collettiva risarcitoria. Le numerose lacune e ambiguità del dettato normativo, nonché il quadro giuridico e il contesto culturale ancora impreparati nel quale il nuovo istituto si è venuto ad inserire, impongono di riconsiderare *de iure condendo* la disciplina dell'azione di classe. Trasporre e adattare uno strumento così complesso per i presupposti che lo sorreggono e per le implicazioni che da esso si originano non è affatto opera semplice. Ma i tanti difetti emersi nella trattazione non devono tuttavia far perdere di vista il valore di questa conquista epocale per il nostro sistema di giustizia civile,

punto di partenza ineludibile per qualsiasi passo in avanti nella prospettiva di garantire sempre più e sempre meglio la tutela giurisdizionale dei diritti.

BIBLIOGRAFIA

Letteratura in lingua italiana

Riviste

ALPA, Guido, '*Il metodo nel diritto civile'*, in *Contratto e impresa* , 2000

BENATTI, Francesca, *'Danni punitivi e «class action» nel diritto nordamericano'*, in *Analisi economica del diritto,* 2008

CAPONI, Remo, '*Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori',* in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008

CAPPELLETTI, Mauro, '*Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi',* in *Le azioni a tutela degli interessi collettivi, Atti del Convegno di Studio - Pavia 11-12 giugno 1974*, Cedam, 1976, p.207

CAPPELLETTI, Mauro, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile,* in *Riv. Dir. Proc.*, 1975

CAPPELLETTI, Mauro, Intervento al Congresso Internazionale di Diritto Comparato, Teheran, 1974, in 'G*overnmental and public advocates for the public interests in civil litigation',* in *Michigan Law Review,* Vol. 73, No. 5, p. 793-884, 1975

CAPPONI, Bruno, '*Diritto comunitario e azioni di interesse dei consumatori',* in *Foro italiano,* 1994

CHIARLONI, Sergio, '*Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei* consumatori', in *Riv. dir. proc.,* 2007

CONSOLO, Claudio, '*Class actions fuori dagli USA?' (Un' indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima),* in *Rivista di diritto civile,* 1993

CONSOLO, Claudio, '*Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica',* in *Corriere giuridico,* 2009

COSTANTINO, Giorgio, '*La tutela collettiva risarcitoria: la tela di Penelope',* in *Foro it.*, 2009

DE CRISTOFARO, Giovanni, *'L'azione collettiva risarcitoria « di classe »: profili sistematici e processuali'*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010

DE SANTIS, Angelo Danilo, *'I disegni di legge italiani sulla tutela degli interessi collettivi e il "Class Action Fair Act of 2005"',* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 2006

DENTI, Vittorio, *Relazione introduttiva,* in AA.VV., *Le azioni a tutela degli interessi collettivi, Atti del Convegno di Studio - Pavia 11-12 giugno 1974'*, Padova, 1976

DONATI, Alberto, '*Azione collettiva e diritto soggettivo collettivo'*, in *Contratto e impresa*, 4-5, 2010

DONZELLI, Romolo, voce *'Azione di classe risarcitoria'*, in "Diritto on line" - Treccani, 2014

FAVA, Pasquale, '*L'importabilità delle class actions in Italia'*, in *Contratto e Impresa,* I, 2004

FERRANTE, Edoardo, *'"Opt-out" ed incentivi d'oltreoceano: idee per una vera "class action" in Italia e in Europa',* in *Contratto e impresa. Europa.,* 2012

FIORIO, Paolo, *'L'oggetto dell'azione collettiva risarcitoria e la tutela degli interessi collettivi dei consumatori'*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2009

GIANNINI, Massimo Severo, *Intervento e Relazione,* in AA.VV., *Le azioni a tutela degli interessi collettivi, Atti del Convegno di Studio - Pavia 11-12 giugno 1974'*, Padova, 1976

GIUSSANI, Andrea, '*Ancora sulla tutelabilità con l'azione di classe dei soli diritti "omogenei",* in *Giur. it*., 2014

GIUSSANI, Andrea, '*Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito',* in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.,* 2008

GIUSSANI, Andrea, '*Il consumatore come parte debole nel processo civile italiano tra esigenze di tutela e prospettive di riforma'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2005

GIUSSANI, Andrea, *'L'azione di classe: un primo bilancio'*, in *Riv. dir. proc.,* 2012

GIUSSANI, Andrea, '*Mass torts e tutela giurisdizionale: modelli di azione giudiziaria collettiva sotto il profilo della efficienza economica'*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2002

GIUSSANI, Andrea, '*Controversie seriali e azione collettiva risarcitoria'*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 2008

GIUSSANI, Andrea, '*Situazioni soggettive superindividuali, azioni collettive e class action: contributo alla teoria generale'*, Relazione per l'incontro di studio del Consiglio Superiore della Magistratura sul tema: "Nuove forme di tutela processuale e nuove legittimazioni ad agire", Roma, 27-28 marzo 2008

GIUSSANI, Andrea, voce "*Azione di classe",* in *Enciclopedia del diritto,* Annali VII, 2014

GRASSO, Paolo, '*Gli interessi della collettività e l'azione collettiva',* in *Riv. dir. proc.*, 1983

LUCANTONI, Paola, '*Un ruolo "trainante" per gli studi legali?',* in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2008

MULLENIX, Linda S., '*I class action settlements negli Stati Uniti'* , in *La conciliazione collettiva*, a cura di Gregorio Gitti e Andrea Giussani, Giuffré, 2009

MARTINELLO, Paolo, '*La class action'*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, n.1., 2006

MENCHINI, Sergio e MOTTO, Alessandro, *Art. 140 bis*', in www.judicium.it *(Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa)*, 2010, poi confluito in '*L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.'*, in *Le nuove leggi civ. comm*., 2010

PARDOLESI, Roberto, '*Il problema degli interessi collettivi e i problemi dei giuristi',* in AA.VV., *Le azioni a tutela degli interessi collettivi, Atti del Convegno di Studio - Pavia 11-12 giugno 1974'*, Padova, 1976

PARDOLESI, Roberto, voce *Danni Punitivi,* in *Digesto, disc. priv., sez. civ.,* Agg. I, 4 edizione, 2007

PARISI, Francesco e DARI-MATTIACCI, Giuseppe, '*Mass torts e responsabilità per danno ambientale: una analisi economica',* in *Danno e responsabilità*, 2009

PASTORE, Maria, '*Class Action e modelli di tutela collettiva'*, in *Seminari di diritto privato comparato*, a cura di PARDOLESI Roberto, Cacucci, 2001

PORCARI, Francesco, '*Aporie ricostruttive e qualche punto fermo nella «certification» dell'azione di classe',* in *Resp. civ. e prev.,* 2012

PROTO PISANI, Andrea, '*Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interesssi collettivi (o piu esattamente superindividuali innanzi al giudice civile ordinario)',* in

AA.VV., *Le azioni a tutela degli interessi collettivi, Atti del Convegno di Studio - Pavia 11-12 giugno 1974'*, Padova, 1976

RESCIGNO, Pietro, '*Sulla compatibilità tra il modello processuale delle class actions ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano',* in *Giur. it.,* 2000

RICCIO, Angelo, '*L'azione collettiva risarcitoria non è, dunque, una class action',* in *Contratto e impresa,* 2008

RODOTA', Stefano, '*Le azioni civilistiche',* in AA.VV., *Le azioni a tutela degli interessi collettivi, Atti del Convegno di Studio - Pavia 11-12 giugno 1974'*, Padova, 1976

TARUFFO, Michele, '*Aspetti del precedente giudiziale'*, Criminalia, 2014

TARUFFO, Michele, '*La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali',* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011

TARUFFO, Michele, '*Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi'*, in '*La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi',* a cura di Lanfranchi, Torino, 2003

TARUFFO, Michele, '*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Tort'*, in *Yale Law Journal*, 1961

VIGORITI, Vincenzo, *'Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro'*, in *Contratto e impresa*, 2008

VIGORITI, Vincenzo, *'Impossibile la class action in Italia? Attualità del pensiero di Mauro CAPPELLETTI Mauro,'*, in *Resp. civ.,* 2006

Monografie

AA.VV., *Le azioni a tutela degli interessi collettivi, Atti del Convegno di Studio - Pavia 11-12 giugno 1974'*, Padova, 1976

CATRICALA', Antonio e PIGNALOSA, Maria Pia, *Manuale del diritto dei consumatori,* Dike giuridica, 2013

CONSOLO, Claudio, BONA, Marco, BUZZELLI, Paolo, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria,* IPSOA, 2008

CONSOLO, Claudio e ZUFFI, Beatrice, *L'azione di classe ex art. 140 bis codice del consumo*, Cedam, 2012

DONZELLI, Romolo, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi,* Jovene, 2008

DONZELLI, Romolo, *L'azione di classe a tutela dei consumatori,* Jovene, 2011

D'ORTA, Carlo, *La class action tra proclami e deterrence. Uno studio di diritto interno e comparato,* Giappichelli, 2014

GITTI, Gregorio e GIUSSANI, Andrea, *La conciliazione collettiva*, Giuffrè, 2009

GIUSSANI, Andrea, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile,* il Mulino, 2008

PICARDI Nicola, *Manuale del processo civile,* terza edizione, Giuffré, 2013

PODDIGHE, Elena, I "*mass torts*" *nel sistema della responsabilità civile,* Giuffrè, 2008

RESCIGNO, Pietro, *Introduzione al Codice civile*, Laterza, 1991

VIGORITI, Vincenzo, '*Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire',* Giuffrè, Milano, 1979

***

Letteratura in lingua inglese

Riviste

ABA (American Bar Association), *Model Rules of Professional Conduct,* 1983

ALEXANDER, Janet Cooper, *'An Introduction to Class Action Procedure in the United States',* in *Presented Conference: Debates over Group Litigation in Comparative Perspective,* Ginevra, Svizzera, 21-22 luglio 2000

BUXBAUM, Hannah L., '*Defining the Function and Scope of Group Litigation: The Role of Class Actions for Monetary Damages in the United States',* in GOTTWALD, Europäisches Insolvenzrecht – Kollektiver Rechtsschutz, Gieseking, 2008

COFFEE, John C., '*Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working',* in *Maryland Law Review,* 1983

COFFEE, John C., '*The regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action',* in *University of Chicago Law Review,* 1987

FJC (Federal Judicial Center), *'Manual for Complex Litigation'*, 4th edition, 2004

HARDIN, Garrett, '*The Tragedy of the Commons*', in *Science*, Vol. 162, No. 3859, 1968

ISSACHAROFF, Samuel, 'Class Actions and State Authority', in Loyola University Chicago Law Review 44, 2013,

ISSACHAROFF, Samuel, '*Regulating after the Fact'*, in *Depaul Law Review* 375, 2007

JENSEN, Michael C. e MECKLING, William H., '*Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*', in *Journal of Financial Economics*, 1976

LAHAV, Alexandra D.*, 'The Political Justification for Group Litigation',* in *Fordham Law Review,* vol.81, 2013

MACEY, Jonathan R. e MILLER, Geoffrey P., '*The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform',* in *58 University of Chicago Law Review 1,* 1991,

MILLER, Arthur R. '*Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality and the "Class Action Problem"',* in *Harvard Law Review,* 92, 1979

MILLER, Arthur R., *From* Conley *to Twombly to Iqbal: A Double Play on the Federal Rules of Civil Procedure'*, in *60 Duke Law Journal 1*, 2010

OLSON, Mancur Jr., *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, 1965

REDISH, Martin H., '*Class Actions and the Democratic Difficulty: Rethinking the Intersection of Private Litigation and Public Goals*', in *University of Chicago Legal Forum*, 2003

RUBENSTEIN, William B., '*Why Enable Litigation?: A Positive Externalities Theory of the small Claims Class Action',* in *7UMKC Law Review*, n.74, 2006,

SHAPIRO, David L., *'Class Actions: The Class as Party and Clien*t', in *73 Notre Dame Law Review 913*, 1998

SILVESTRI, Elisabetta, *'The Difficult Art of Legal Transplants: The Case of Class Actions',* in *Revista de Processo,* 2010

ULEN, Thomas, '*An introduction to the law and economics of class action litigation',* in *European Journal of Law and Economics,* Volume 32, Issue 2*,* 2011

Monografie

BONE, Robert G., *The Economics of Civil Procedure*, West Academic, 2003

CAFAGGI, Fabrizio e MICKLITZ, Hans-W., *New Frontiers of Consumer Protection*. *The Interplay between Private and Public Enforcement*, Intersentiq, 2009

COFFEE, John C., *Entrepreneurial Litigation: Its Rise, Fall, and Future*, Harvard University Press, 2015

HENSLER, Deborah R., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, RAND Institute for Civil Justice, 2000

NAGAREDA, Richard A., *Mass Torts in a World of Settlement,* The University of Chicago Press, 2007

PACE, Nicolas M., '*Class Actions in the United States of America:* An Overview of the Process and the Empirical Literature', in RAND Institut for Civil Justice, 2007

WEINSTEIN, Jack B., *'Individual Justice in Mass Tort Litigation, The Effect of Class Actions, Consolidations, and other Multiparty Devices'*, Evaston, 1995