

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29919-la-class-action-federale>

Autore: Benini Francesca

La class action federale

**ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITA' DI BOLOGNA
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA**

LA CLASS ACTION FEDERALE

**Relatore
Prof. Ugo Ruffolo**

**Presentata da
Francesca Benini**

INDICE

<i>Introduzione</i>	1
1. <i>Qualche cenno storico</i>	1
2. <i>La class action federale</i>	6
2.1 <i>Classificazione. Rule 23 (b)</i>	8
2.2 <i>Il sistema opt out vs opt in</i>	13
2.3 <i>Il forum shopping e il Class Action Fairness Act of 2005</i>	15
3. <i>La procedura</i>	19
3.1 <i>Requisiti minimi</i>	20
3.2 <i>Certification</i>	21
3.3 <i>Notice</i>	24
3.4 <i>Conducting the action</i>	27
3.5 <i>Judgment</i>	27
3.6.1 <i>Settlement, voluntary dismissal, or compromise</i>	28
3.6.2 <i>La questione del coupon</i>	30
3.7 <i>L'esecuzione</i>	32
4. <i>Il ruolo del giudice</i>	33
5. <i>Il ruolo del lead counsel</i>	33
6. <i>La legittimazione ad agire e ruolo del lead plaintiff</i>	37
7. <i>Le Securities Class Actions</i>	
8. <i>L'arbitrato</i>	
9. <i>I danni punitivi</i>	
10. <i>La casistica</i>	

Premessa

La class action statunitense ha da sempre suscitato un profondo interesse da parte del mondo sia di *common law* sia di *civil law*. La possibilità di andare a tutelare attraverso un unico procedimento un gran numero di soggetti danneggiati da comportamenti plurioffensivi, ha da sempre affascinato dottrina e giurisprudenza. Pur in costanza di molte difficoltà di adattamento dell'azione collettiva statunitense ad altri ordinamenti, negli ultimi anni abbiamo assistito ad una vera e propria circolazione globale di questo modello.

E' proprio in considerazione del grande successo che ha riscosso l'azione collettiva statunitense, che vogliamo analizzare più da vicino le caratteristiche di questo strumento giudiziario.

1. QUALCHE CENNO STORICO

La class action fa la sua prima comparsa in Inghilterra, nelle corti dell'*equity*¹ (Chancery Court), grazie all'istituto delle *representative suits*, nonostante recenti studi abbiano messo in evidenza che forme embrionali di azioni rappresentative erano già presenti prima della nascita del sistema dell'*equity*.²

Presso le corti di *common law* vigeva la regola del "*necessary parties rule*", questo portava necessariamente tutti i soggetti potenzialmente coinvolti nel contenzioso a partecipare al giudizio per evitare che il giudice respingesse la domanda con una pronuncia di improcedibilità. In Inghilterra questa norma era difficile da rispettare a fronte della regola della territorialità che impediva di convenire in giudizio soggetti che non appartenevano alla circoscrizione di quel determinato tribunale.³

Grazie alle tante battaglie portate avanti dai sostenitori dell'*equity*, alla *Court of Chancery* venne riconosciuta la possibilità di derogare questa norma, forse troppo restrittiva. Si incominciarono a riconoscere ammissibili azioni in cui, pur non essendo presenti tutte le parti, gli assenti erano adeguatamente rappresentati (*representative suits*).

¹ Quando i cittadini ritenevano che la *common law* non offrisse sufficiente tutela, chiedevano al re di pronunciarsi per risolvere le controversie. Grazie anche all'ausilio del suo cancelliere, il re decideva il contenzioso richiamando principi etici invece che le norme di *common law* creando un vero e proprio tribunale autonomo (*Court of Chancery*). In questo modo il sistema dell'*equity* permise di evitare certe ingiustizie che potevano derivare da un'applicazione letterale del *common law*. Clark (1920), *Equity, An analysis and discussion of modern equity problems with notes on Tennessee cases* p.3-4

² Yeazell (1987), *From Medieval group litigation to the modern class action*, New Haven, 38.

³ Andrea Giussani (1966), *Studi sulle class actions* p.11

Pian piano quest'istituto acquistò sempre più importanza nel sistema inglese. Si arrivò ad un momento storico in cui era assolutamente pacifico che, ogni volta che si verificasse la legittimità del rappresentante e dell'azione, gli effetti positivi o negativi della decisione si estendessero anche agli assenti.⁴

La fine delle *representative suits* si ebbe con la fusione dei sistemi di *common law* e di *equity* poiché la *ratio* che giustificava la casistica dipendeva proprio dalla concorrenza di queste due giurisdizioni e dall'impossibilità di rispettare la norma del litisconsorzio necessario.⁵

Dall'Inghilterra l'utilizzo delle *representative suits* si propagò negli Stati Uniti durante il XIX secolo.

Uno dei primi giuristi che si occupò dello studio delle eccezioni alla regola del *necessary parties rule* fu il giudice federale Joseph Story che, grazie alle sue *opinions* in tema di azioni rappresentative, influenzò enormemente la successiva legislazione in materia di class actions negli Stati Uniti.

Story, nei suoi studi, riteneva che tutti i soggetti che fossero stati accomunati da un *common or general interest* dovessero partecipare al giudizio, ma quando questo non fosse stato possibile a fronte dell'elevatissimo numero di parti, per evitare continue interruzioni (*coninued abatements*), il giudice sarebbe stato comunque legittimato a pronunciare la sentenza che avrebbe esteso gli effetti del giudicato anche nei confronti degli assenti adeguatamente rappresentati nella persona del *creditor of bills*.

La norma federale che si ispirò allo studio di Story e che riconobbe le azioni collettive per la prima volta negli Stati Uniti, fu la *Federal Equity Rule 48* che entrò in vigore nel 1842. Questa disciplina, pur ammettendo le *representative suits* in presenza di un numero elevato di parti, non abbracciò la tesi che l'efficacia del giudicato potesse essere *ultras partes*.

La giurisprudenza successiva si pronunciò però ben presto in senso opposto: nel *leading case*, *Smith v. Swormsted* (1853)⁶, la Corte Suprema, in maniera esplicita, riconobbe che gli effetti del giudicato si sarebbero prodotti non solo nei confronti delle parti che avevano

⁴ Aldo Frignani e Paolo Virano (2009), *Le class actions nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto di ordinamenti* Diritto economia assicurativa, fascicolo 1, p.5

⁵ Andrea Giussani (1966), *Studi sulle class actions* p.20

⁶ 57 U.S. 288 (1853).

partecipato attivamente al processo, ma anche verso tutti coloro che avevano un *common or general interest* ed erano stati adeguatamente rappresentati in giudizio.⁷

A fronte di questa discrepanza tra giurisprudenza e legislazione⁸, venne emanata dopo soli sessant'anni la nuova *Rule 38* che ammise definitivamente anche nei confronti degli assenti il vincolo del giudicato. Questa norma emanata nel 1912 ebbe una scarsa applicazione⁹ poiché molti erano i presupposti stringenti che dovevano sussistere per rendere ammissibile una class action: un forte vincolo tra i membri della classe, un elevato grado di coincidenza dell'interesse individuale ed un necessario intervento nel processo.¹⁰ Si arriva al 1937 con la riforma che unifica la procedura delle cause *at law* e quella per le azioni in equità con l'elaborazione delle *Federal Rule of Civil Procedure* (entrate in vigore il 16 settembre 1938) che introduceva la "originaria" *Rule 23* conosciuta anche come *Moore Rule*.¹¹

James Moore, *research assistant* in materia di disciplina delle parti, scrisse una serie di articoli di critica del progetto di riforma, che influenzarono la redazione finale della *Rule 23* nel 1938. In particolar modo venne recepita la nuova classificazione delle class actions che Moore proponeva nei suoi scritti (*true class action*¹², *hybrid class action*¹³, *spurious class action*¹⁴)¹⁵, pur mantenendo fermo il principio per cui si riconosceva l'efficacia del giudicato anche nei confronti delle parti che non avessero partecipato attivamente al processo ma fossero state adeguatamente rappresentate.

Le contestazioni però non si fecero attendere, e furono molte. In particolar modo si criticava il contrasto che sussisteva tra la *Rule 23* e il principio costituzionalmente garantito del *due process*. La definizione di "giusto processo" si basa infatti sul presupposto che un soggetto ha il diritto ad agire in giudizio per tutelare i suoi diritti: solo ed unicamente nel caso in cui decida di farlo subisce gli effetti del giudicato. La class action logicamente

⁷ Tale sistema viene definito "opt-in".

⁸ Si tenga presente che nella decisione della Supreme Court non si fa mai richiamo alla *Equity Rule 48*.

⁹ Un' importante sentenza in cui la nuova *Rule 38* del 1912 fu applicata: *Supreme Tribe of Ben Hur v. Cauble*.

¹⁰ Elisabetta Bellini (2005), *Class actions e mercato finanziario: l'esperienza americana* Danno e responsabilità, fascicolo 8 p.817

¹¹ Andrea Giussani (1966), *Studi sulle class actions* pp.23-34

¹² Detta categoria includeva i diritti "congiunti, comuni o diritti secondari".

¹³ Detta categoria includeva vari diritti relativi a specifiche proprietà.

¹⁴ Detta categoria includeva vari diritti relativi a domande comuni.

¹⁵ Lydia Ferrarese (2008), *Le norme statunitensi sulle azioni collettive: analisi comparativa con la normativa italiana e spunti di riflessione*, La Responsabilità civile, fascicolo 8/9, p.746.

contrastava con questo principio, ecco perché la Corte Suprema nel 1940¹⁶ ribadì che la *necessary parties rule* poteva essere superata validamente riconoscendo l'estensione del giudicato anche nei confronti degli assenti.¹⁷

La *Rule 23* è stata poi modificata nel 1966. Questa riforma è stata fondamentale per la definizione dell'attuale istituto: si è passati da un sistema di *opt in* ad un sistema di *opt out*. Mentre il sistema di *opt in* prevedeva che gli effetti del giudicato si esperissero solo nei confronti dei soggetti che esplicitamente avessero dato il loro consenso, il sistema dell' *opt out* prevede oggi negli Stati Uniti che l'efficacia della sentenza, degli accordi e delle eventuali altre transazioni si abbia nei confronti di tutti i componenti della classe a meno che questi non optino per essere esclusi. A parte alcune riforme che si sono seguite negli anni¹⁸ e che hanno apportato alcune particolari modifiche, il regime di riferimento che tutt'oggi disciplina la normativa in tema di class action è quella del 1966.

Il legislatore americano ha preferito derogare al principio generale di litisconsorzio necessario (*necessary parties rule*) per meglio raggiungere obiettivi quali: la riduzione del numero dei contenziosi, l'abbattimento dei costi della giustizia e l'ottimizzazione della gestione dei processi di massa.¹⁹

Era la società civile che richiedeva a gran voce l'introduzione di questo istituto: un sistema economico che stava diventando sempre più velocemente globalizzato, sottolineava ormai da tempo l'inadeguatezza di un sistema giuridico che si basava esclusivamente su un contenzioso unilaterale.²⁰

2. LA CLASS ACTION FEDERALE

La class action è un istituto di diritto processuale civile che è stato ideato per risolvere controversie caratterizzate da complessità soggettiva.²¹ La class action può essere proposta non solo nel caso di litisconsorzio necessario, nell'ipotesi in cui ci sia contitolarità del diritto leso o concorso in una situazione giuridica indivisibile, ma anche nel caso di litisconsorzio meramente facoltativo in cui abbiamo semplicemente la coincidenza di una

¹⁶ Nel caso *Hansberry v. Lee*.

¹⁷ Vincenzo Vigoritti (2008), *Class action e azione collettiva risarcitoria*, fascicolo 3, p.729.

¹⁸ Riforma del 1995 (Private Securities Litigation Reform Act), 1998, 2003 e del 2005 (Class Action Fairness Act)

¹⁹ Francesca Romana Fantetti (2009), *La nuova class action*, Responsabilità civile, fascicolo 12, p.997.

²⁰ Vincenzo Vigoritti (2008), *Class action e azione collettiva risarcitoria*, fascicolo 3, p.729.

²¹ Nicolò Trocker (2009), *Class action negli Usa – e in Europa?*, Contratto ed impresa, Europa, fascicolo 1, p.186.

questione di diritto o di fatto (*medesima causa petendi*) nelle pretese avanzate da più soggetti, che sono stati danneggiati da eventi plurioffensivi.

Quando si parla di class action statunitense, senza dubbio possiamo dire che ci troviamo in presenza di uno strumento di carattere generale.

Le azioni collettive statunitensi non sono finalizzate a difendere solamente diritti soggettivi appartenenti ad un particolare settore bensì, tendenzialmente sono esperibili per la tutela di qualsiasi tipo di diritto soggettivo individuale²².

“Class actions – ci ricordano gli autori americani – 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, labour law and intellectual property.”

Il concetto di “danno” nell’ordinamento statunitense deve necessariamente essere flessibile.²³

In realtà è bene sottolineare che, pur in presenza di una formulazione aperta della *Rule 23*, in concreto si sono verificati numerosi tentativi da parte della giurisprudenza di circoscrivere il campo d’azione della class action, per esempio si è tentato di delimitare l’utilizzo di questo istituto alle sole controversie tra consumatori e produttori. Questo sforzo però attiene di più all’aspetto di *policy of law* cui le corti sono chiamate a svolgere, piuttosto che ad una vera e propria restrizione di applicazione in senso astratto della portata generale della norma.²⁴

Il nostro ordinamento, come tendenzialmente avviene in molti altri paesi europei, ha forgiato l’istituto delle azioni collettive per la difesa solamente di alcuni tipi di situazioni giuridiche: le lesioni subite dai consumatori in determinate circostanze tipicamente previste dal secondo comma dell’art. 140bis cod. cons.²⁵.

²² Vi sono però alcuni ambiti in cui le class action non possono essere utilizzate: materia amministrativa, tributaria, successioni.

²³ Hans-W. Micklitz (2008) *Azioni di gruppo per il risarcimento del danno*, *Rassagna di diritto civile*, fascicolo 2, p.497.

²⁴ Paolo Buzzelli e Marco Bone (2008) *L’ambito oggettivo della tutela prevista dalla legge: diritto al risarcimento dei danni ed alla restituzione delle somme spettanti a singoli consumatori od utenti*. Obiettivo class action: l’azione collettiva risarcitoria, p.62.

²⁵ Introdotto con la legge 23 luglio 2009, n.99.

- 1) diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano in situazione identica nei confronti di una stessa impresa, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c.;
- 2) diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;
- 3) diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

Un esempio, che ci aiuta a comprendere immediatamente la profonda differenza che sussiste tra il nostro ordinamento e quello americano, è il film “Erin Brockovich” interpretato da Julia Roberts. Nella rappresentazione cinematografica veniva proposta una class action per la tutela dell’ambiente, azione che in Italia, oggi come oggi, non potrebbe essere proposta.

La *Rule 23* riconosce in maniera esplicita la possibilità sia di una class action esercitata dal rappresentante della classe (ipotesi più frequente) sia contro quest’ultimo (*defendant class action*); l’ammissibilità di questa seconda ipotesi non è tuttavia pacifica. Accanto a chi è favorevole in ordine alla possibilità di esperire delle *defendant class actions* o si limita a suggerire una particolare cautela nell’andare a verificare la sussistenza dei requisiti richiesti dalla *Rule 23*, sono molte le voci che si pronunciano in senso contrario.²⁶

2.1 CLASSIFICAZIONE. Rule 23 (b).

Il sistema di class action che si andrà a descrivere, sicuramente colpisce per la sua grande versatilità; per la capacità dell’ordinamento statunitense di andare a tutelare situazioni molto diversificate tra loro attraverso rimedi che permettano la soddisfazione delle molteplici finalità per le quali l’istituto delle azioni collettive era stato pensato.

La *Rule 23* prevede tre categorie di class action che vengono presentate nel paragrafo (b). La prima tipologia - definita nella sezione (b)(1) – può essere ricondotta alla fattispecie conosciuta nel nostro ordinamento sotto il nome di litisconsorzio necessario. In questa ipotesi vige la possibilità di utilizzare lo strumento della rappresentanza nei casi in cui la tutela di un soggetto implica automaticamente quella di tutti gli altri interessati.

Questa situazione si potrebbe profilare in due ordini di casi.

In primo luogo – *Rule 23 (b)(1)(A)* – nel caso in cui l’eventuale proposizione di azioni individuali potrebbe comportare un contrasto di giudicati (*inconsistent or varying*

²⁶ *Phillips Petroleum Co. V. Shutts, 472 US 797 (1985).*

adjudications) e di conseguenza un convenuto sia costretto a tenere comportamenti non omogenei nei confronti dei *class members*. Tra i processi che hanno affrontato tale questione si ricordi *Death Row Prisoners of Pennsylvania v. Ridge*²⁷, ove la classe dei condannati a morte, per timore che lo Stato tenesse contraddittori comportamenti nelle singole situazioni, richiedevano l'applicazione dell'appena emanato *habeas corpus statute*. Nella seconda ipotesi – *Rule 23 (b)(1)(B)* - si ha litisconsorzio necessario nel caso in cui il giudicato che si ha a seguito di azioni individuali potrebbe pregiudicare o rendere estremamente difficile la tutela dei diritti di altri membri della classe rimasti estranei al giudizio (esempio: il rischio che il patrimonio del debitore comune non sia sufficiente per il soddisfacimento di tutti i danneggiati.)

La seconda categoria prevista dalla *Rule 23* – paragrafo (b)(2) – viene definita *injunctive class action*. Questo tipo di azione può essere utilizzata per censurare quei comportamenti non uniformi tenuti, o che potrebbero essere tenuti, dal convenuto nei confronti dei membri della classe.

La finalità di questa azione non è tanto il rimedio risarcitorio – previsto invece come vedremo tra poco per le *damages class actions* - quanto piuttosto una tutela inibitoria (*final injunctive relief*) oppure un provvedimento di mero accertamento (*declaratory relief*). Proprio a fronte di tali peculiari finalità, possiamo dire che le *injunctive class actions* possono andare a tutelare diritti ancora prima che essi vengano lesi, l'importante è che ci sia minaccia o comunque sia prevedibile la violazione.

Le azioni previste nella *Rule 23 (b)(2)* offrono uno strumento molto efficace per la tutela dei *civil rights*.

Vengono utilizzate per combattere qualsiasi forma di discriminazione per ragioni per esempio di sesso, razza, lavoro subordinato,... Il motivo di questo successo si deve proprio alla *ratio* di questo istituto: non si vanno a tutelare dei diritti individuali che sono stati lesi in modo analogo da uno stesso soggetto, ma piuttosto le situazioni di carattere superindividuale poste in essere sia da enti privati sia da enti pubblici.²⁸

Pur riconoscendo come conseguenza di questa fattispecie *injunctive* o *declaratory relief*, questo non preclude la possibilità di utilizzare gli accertamenti posti a fondamento della *injunctive class action* come presupposto per esercitare un'azione individuale di carattere risarcitorio.

²⁷ 169 F.R.D. 618 (D.Pa.1996).

²⁸ Nicolò Trocker (2009), *Class action negli Usa – e in Europa?*, Contratto ed impresa, Europa, fascicolo 1, p.186.

La terza categoria – paragrafo (b)(3) – è quella più famosa e anche quella che interessa maggiormente l'Europa. È proprio questa terza fattispecie che viene presa come modello per l'introduzione dell'istituto della class action nel vecchio continente.

È definita *damages class action* ed è “capace – come afferma Consolo - in presenza di certi presupposti (...) di far passare dal molteplice all'unitario e così all'effettività pratica; per poi – a lite di massa definita – ritornare al molteplice in sede di soddisfazione delle irriducibili singolarità”²⁹.

Siamo in presenza di *damages class action* ogni volta in cui sussista una pretesa di carattere risarcitorio in capo a tutta una serie di soggetti che vantano una coincidenza delle questioni di fatto o di diritto, prevalenti su ogni altra situazione di carattere strettamente individuale.

Per ammettere questa tipologia di azione è necessario che sussistano determinate condizioni (*superiority* e *predominance*) che devono aggiungersi a quei requisiti minimi, dettati dalla *Rule 23 (a)*, che si andranno ad analizzare nei prossimi capitoli.

Per prima cosa la class action deve risultare in sede di ammissibilità il miglior strumento processuale per trattare in modo “*fair and efficient*” la controversia (criterio della “*superiority*”).

La superiorità deve essere valutata caso per caso avendo riguardo dei seguenti fattori:

- i) l'interesse dei singoli componenti della classe all'azione o alla difesa individuale;
- ii) il numero e la natura delle azioni individuali iniziate da o contro i membri della classe;
- iii) l'opportunità o meno di riunire dette azioni in un unico foro;
- iv) le difficoltà che potrebbe presentare la gestione del processo nel caso di prosecuzione nella forma della class action (ad esempio, l'impossibilità di individuare agevolmente tutti i membri della classe per potergli comunicare il loro potere di esercitare il diritto di *opt out*).³⁰

Può essere che la riunione di giudizi connessi potrebbe comportare un risparmio per il costo della giustizia, altre volte invece comportare le medesime economie di scala di una azione individuale, da ultimo infine può accadere che l'azione individuale assicuri un maggior risarcimento rispetto ad una *damages class action*, determinando così l'esclusione dell'azione collettiva.

²⁹ Consolo (1993), *Class actions fuori dagli USA?*, Riv. Dir. Civ., pp.627-660.

³⁰ Marco Bona (2008) “*Class Action*”, “*group action*” e “*azione collettiva risarcitoria*”: *modelli europei, extraeuropei a confronto*, Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria, p.11.

Oltre alla superiorità, è necessario il “*predominate criterion*” che richiede la prevalenza delle questioni comuni su quelle individuali.

Questo criterio è valutato in maniera più rigorosa e questo lo dimostra il caso *Amchen Products Inc. v. Windsor*³¹. Da sempre la giurisprudenza ha avuto molte difficoltà nell'andare a riconoscere *damage class actions* in tema di diritto alla salute e questo caso ne è un tipico esempio. In questa situazione la Corte Suprema non ammise l'azione collettiva a fronte delle differenti circostanze individuali in cui si trovavano le centinaia di migliaia di persone che lamentavano danni da esposizione all'amianto. La ragione della negazione consisteva nel fatto per cui i soggetti erano stati esposti a distinti prodotti, per un diverso periodo di tempo e in momenti differenti, taluni non avevano subito alcun tipo di danno fisico mentre ad altri era stato diagnosticato un tumore o mesoteliomi: questa eterogeneità di situazioni non permetteva la certificazione della sussistenza del requisito della predominanza.

Ulteriori difficoltà di previsione della “*predominance*” si ha in occasione dei cd. “*fraud claims*”: in costanza di attività fraudolenta acquistano importanza nella valutazione del danno le diverse rappresentazioni della realtà da parte del danneggiato, le sue precedenti conoscenze in materia, le dichiarazioni differenti che il convenuto abbia prestato ai vari attori, tutti elementi che potrebbero prevalere sulla questione comune della classe.

Possiamo avere vari tipi di fattispecie applicative delle *damages class action*.

Il primo caso (“*individually unrecoverable claims*”) è relativo a quelle situazioni in cui, piccoli risparmiatori o consumatori, avanzino delle pretese il cui valore è inferiore al costo del processo che il danneggiato dovrebbe affrontare in via individuale. In questo occasione siamo di fronte alla class action come unico strumento che realmente garantisce la tutela del cittadino poiché, come afferma Posner, “*only a lunatic or fanatic*”³² darebbe inizio a un processo.

Le stesse *damages class actions* possono essere fatte valere anche a fronte di entità molto cospicue: sono i casi in cui è ragionevole che i soggetti agiscano anche in via individuale. È un caso di cumulo di azioni parallele presso una singola corte a fronte della comunanza di situazioni di diritto o di fatto al fine di garantire la miglior efficienza nell'utilizzo delle finanze destinate all'attività giuridica.

Una terza categoria di ipotesi applicative della class action (b)(3) sono i *mass tort personal injury litigations*. Possono essere esperite azioni dirette a tutelare le vittime di illeciti di

³¹ 521 U.S. 591 (1997).

³² *Carnegie v. Household Int'l, Inc.*, 376F3d656, 661 (7th Cir.2004)

massa causati dalla circolazione di prodotti industriali dannosi e pericolosi (*product liability mass torts*) o da vere e proprie catastrofi di impresa (*mass accidents*).³³

Le class action relative ai *mass tort*, come già in questo paragrafo si è detto, sono difficili da ammettere a fronte della difficoltà che sorgono nell'individuazione del requisito della prevalenza. La questione circa l'esperibilità della class action in questa particolare situazione fu dubbia fin dal momento iniziale in cui fu redatta la *Rule 23*. Questo atteggiamento giurisprudenziale era confermato dalla *Advisory Committee*, la quale già nel 1966 con una *Note of Federal Civil Rules* aveva manifestato preoccupazione nell'utilizzo dell'azione collettiva in casi di *mass tort*.

Per molto tempo si ammise con molta difficoltà l'azione collettiva in questi casi (come già prima abbiamo esemplificato nel caso *Amchen Products Inc. v. Windsor*), anche se oggi giorno le cose stanno iniziando a cambiare. Pur verificando con più rigore il ricorrere delle condizioni indicate nei paragrafi (a) e (b) della *Rule 23*, ora vengono certificate con più facilità le azioni collettive in tema di *mass tort* a fronte della possibilità concessa ai giudici di ammettere solamente alcune domande e di servirsi dell'istituto della sottoclassi.

Allo stesso modo, bisogna comunque ammettere che, proprio a fronte di queste difficoltà, l'ordinamento statunitense ha ammesso come mezzo per tutelare i soggetti che hanno subito illeciti di massa degli istituti di indennizzo automatico esperibili fuori dai tribunali. Un esempio è la costituzione di un *compensation fund* per le vittime dell'attentato dell'11 settembre 2001.

Una delle finalità primarie di questa disciplina è la razionalizzazione dei costi della giustizia, attraverso la riunione in un unico processo dei contenziosi "di serie", contribuendo a migliorare la redditività del sistema giuridico. Si garantisce allo stesso tempo un'uniformità delle soluzioni di fatto o di diritto comuni, creando uno strumento di tutela che in molti casi, come si è visto quando si è parlato di entità risarcitorie modeste, è anche l'unico realmente esperibile.

Gli scopi delle *damages class action* non si arrestano qui; sussistono anche ulteriori finalità: 1) la volontà di evitare qualsiasi forma di indebito arricchimento, comportando quindi, oltre al risarcimento, anche il dovere di restituire il profitto illecito; 2) dissuadere i soggetti dal tenere comportamenti illeciti.

È proprio a fronte di questa seconda finalità che possiamo individuare nelle class action non solo uno strumento di *judicial efficiency* ma anche un vero e proprio ruolo di *policy*:

³³ In tempi recenti i mass tort class actions sono stati riconosciuti anche per la tutela delle vittime dell'Olocausto.

l'obiettivo richiesto in capo ai giudici è anche quello di andare a regolare interessi collettivi (*regulatory interests*) attraverso delle pronunce che fungano da deterrente di condotte illecite o *private enforcement*.

Per rendere possibile questa politica di deterrenza è però allo stesso tempo necessaria una legislazione che incentivi l'introduzione di class action. Non sembra infatti realistico pensare che un soggetto, solamente perché è mosso da istinti di "eroismo individuale" dia inizio ad una azione collettiva, molto più probabile è che lo faccia per propri interessi economici. Soprattutto quando i risarcimenti che ne derivano sono minimi, l'ordinamento deve conferire degli incentivi di carattere economico ai soggetti per stimolarli a iniziare una azione di classe che avrà come fine anche quello di una regolamentazione degli interessi collettivi.

Un ottimo esempio di incoraggiamento alla promozione di azioni di classe è la prospettiva di pronunce risarcitorie ingenti grazie alle liquidazioni dei danni punitivi. Come si vedrà meglio nel capitolo 9, i danni punitivi offrono una valida ragione (non è, però, l'unica) per iniziare una class action.

L'approccio di *policy* conseguito dalle azioni collettive nel sistema statunitense è assolutamente sconosciuto negli ordinamenti europei. Quest'ultimi preferiscono affidare lo svolgimento di un'attività di deterrenza e dissuasione in capo ad organi pubblici o, eventualmente, a speciali istituzioni appositamente riconosciute dallo Stato.

2.2 IL SISTEMA OPT OUT Vs OPT IN.

Il sistema utilizzato negli Stati Uniti in tema di class action è definito *opt out*, pur essendo presenti tre leggi in materia lavoristica che prevedono l'*opt in*³⁴.

Bisogna tener ben presente però, che questo potere di autoesclusione è possibile esercitarlo solamente in caso di *damages class actions*, poiché, in presenza di class actions del tipo (b)(1) e (b)(2) l'esercizio dell'*opt out* non è ammesso (questo è il motivo per cui vengono chiamate *mandatory class actions*).³⁵

L'*opt out* facilita l'aggregazione di domande di limitato ammontare, per le quali l'azione individuale avrebbe comportato costi economici troppo elevati per l'effettivo vantaggio che invece se ne sarebbe ricavato.

³⁴ *Fair labor standards act, Age discrimination in employment act, Equal pay act.*

³⁵ Nicolò Trocker (2009), *Class action negli USA – e in Europa?*, Contratto e impresa. Europa, fascicolo 1, p.191.

Questo sistema consiste nell'applicazione del giudicato a tutti i soggetti appartenenti alla classe di individui che hanno subito la stessa lesione, con esclusione di quei membri della classe che hanno esercitato l'opzione di autoesclusione secondo le modalità individuate nel *preliminary approval order* e nella *notice*. Il soggetto che ha esercitato questo potere di autoesclusione non è in alcun modo vincolato al giudicato e sarà quindi libero di esercitare un'azione individuale.

Al contrario, l'individuo che non ha esercitato l'opzione di *opt out* subirà sempre gli effetti del giudicato. L'ordinamento statunitense garantisce il raggiungimento di questo risultato in capo a tutti i singoli membri della classe, indipendentemente da una loro precisa adesione al procedimento.

Questa estensione del giudicato può essere limitata su richiesta del singolo *class member* che provi l'inadeguata tutela dei suoi interessi o l'insufficiente informazione ai coinvolgimenti potenziali.³⁶

Da uno studio fatto da Eisenberg e Miller su tutte le *class actions* statunitensi in cui è intervenuta la conciliazione negli ultimi dieci anni, meno dello 0,2% di soggetti hanno esercitato l'*opt out*.

Questo dato è spiegabile per tutta una serie di motivi.

Primo fra tutti la valutazione che il danneggiato fa relativamente a costi/benefici. Se è vero che il soggetto che esercita l'*opt out* mantiene il diritto di agire individualmente, questo diritto sarà solamente apparente poiché la spesa giudiziaria che dovrà affrontare, molto spesso, è sproporzionata rispetto al beneficio che egli potrebbe ricevere. Se invece il danneggiato non esercita l'*opt out*, il risarcimento sarà modesto ma reale.

Un altro motivo che spiega il tasso minimo di esercizio del potere di autoesclusione in presenza di *damages class action* è la scarsa conoscenza dell'oggetto della causa da parte dei rappresentati: in queste occasioni il danneggiato preferisce rimanere inerte ma assicurarsi il guadagno di benefici, piuttosto che esercitare l'*opt out*.

In aggiunta, può svolgere un ruolo determinante la mancanza di risorse economiche sufficienti a dare inizio ad un'azione individuale oppure l'inadeguata preparazione culturale tale per cui l'individuo non è in grado di tutelare giudizialmente al meglio i suoi diritti.

Il sistema *opt in* prevede invece che, per avvalersi della tutela della *class action*, ci debba essere una esplicita adesione all'azione collettiva.

L'atteggiamento che deve tenere il danneggiato che vuole chiedere la tutela giuridica di un proprio diritto a fronte di una *class action* basata sul modello dell'*opt in* è opposto a quello

³⁶ Francesca Romana Fantetti (2009), *La nuova class action*, Responsabilità civile, fascicolo 12, p.997.

che abbiamo visto tenere dal danneggiato americano in una azione collettiva che gli permette di esercitare il potere di autoesclusione.

Colui che ha subito una lesione riceve sicuramente più vantaggi partecipando all'azione di classe attraverso l'*opt in* piuttosto che rimanendo inerte. Il risarcimento che potrebbe ottenere dall'esercizio dell'*opt in*, pur essendo molto spesso assai esiguo, è reale e concreto. Come dal precedente confronto di costi/benefici per l'ipotesi di *opt out*, anche nel sistema di *opt in* è molto più conveniente per il danneggiato partecipare alla class action invece che esercitare una azione individuale.

Da un' analisi dei processi statunitensi che solo in determinate ipotesi eccezionali prevedono l'esercizio dell'*opt in*, si riscontra che solamente il 50% dei membri della categoria esercita l'*opt in* anche se questa, come abbiamo visto dovrebbe essere la soluzione migliore.

Questo dato è forse spiegabile in base al fatto che l'ipotesi di *opt in* è prevista solo per le class action in materia lavoristica, ambito in cui vengono coinvolti solo un piccolo numero di membri della categoria e i risarcimenti tendono ad essere notevolmente superiori rispetto a quelli in materia di consumo.³⁷

2.3 IL FORUM SHOPPING E IL CLASS ACTION FAIRNESS ACT OF 2005.

La class action può essere fatta valere sia a livello federale sia a livello statale.

L'obiettivo di questa esposizione è quello di trattare esclusivamente della normativa federale prevista nella *Rule 23*. Diversamente, la disciplina che regola le azioni collettive proposte davanti alle Corti Statali è individuata nelle singole legislazioni degli Stati Federati³⁸.

Un aspetto che comunque si deve affrontare in questa sede sono le norme dettate in materia di competenza tra Corti Statali e Corti Federali che sono state recentemente riformate dal *Class Action Fairness Act of 2005 (CAFA)*.

³⁷ Geoffrey P. Miller (2008), *Punti cardine in tema di class action negli Usa e in Italia*, Analisi giuridica dell'economia, fascicolo 1, p.212

³⁸ Ad esempio lo Stato di New York limita il tipo di domande che possono essere oggetto di azioni collettive, mentre la legge dello Stato della California è molto simile alle norme federali. Al contrario, la legge statale della Virginia non contempla le class actions.

Il CAFA fu emanato sotto la forte spinta del Presidente Bush durante il suo secondo mandato, per cercare di porre sotto controllo gli innumerevoli abusi che si stavano commettendo a fronte di un uso incontrollato della class action.³⁹

Uno dei primari intenti del CAFA fu quello di dettare nuove norme in materia appunto di competenza per ostacolare una pratica molto diffusa in passato: il *forum shopping*. Originariamente si prevedeva che le class actions poste in essere da attori di Stati diversi potessero essere proposte davanti alle Corti di qualsiasi Stato in cui il danno si era verificato: in questo modo gli avvocati avevano la possibilità di individuare i cd. *friendly forums* davanti ai quali era molto più vantaggioso proporre le azioni.⁴⁰

A testimonianza di questa pratica si riportano i seguenti dati empirici: durante il periodo 1998-2000 ci fu un aumento del 82% di azioni presso la Jefferson Country e del 35% presso la Palm Beach Country⁴¹. Altro luogo pittoresco in cui ci fu un incremento delle azioni collettive esercitate era la Madison Country, nello Stato dell'Illinois, dove si lamentava la presenza di una giuria che propendeva a favore esclusivamente degli attori, così da rendere la soccombenza del convenuto inevitabile.

L'obiettivo degli avvocati era quello di proporre le azioni davanti a quelle corti che erano famose per certificare facilmente le varie class actions proposte e per liquidare risarcimenti notevoli.

Da sottolineare ulteriormente la tendenza degli studi legali di agire preferibilmente davanti alle Corti Statali piuttosto che a quelle Federali.

I motivi posti alla base di questa tendenza erano sostanzialmente due. In primis si può notare, da una valutazione delle statistiche, come l'atteggiamento delle Corti Statali verso l'ammissibilità dell'azione di classe sia da sempre stato di maggiore apertura rispetto a quello delle Corti Federali. In secondo luogo a fronte di un sistema in cui si prevede l'elezione dei giudici statali da parte, per lo più, dei cittadini, le Corti Statali saranno inevitabilmente portate ad avere un atteggiamento di favore rispetto agli *in-state plaintiffs*, piuttosto che a rappresentanti di classe provenienti da altri Stati.

³⁹ Si è stimato che negli Stati Uniti, solo durante il 2002, fossero state proposte 16,3 milioni di cause davanti alle Corti statali, quasi una causa ogni due secondi.

⁴⁰ Laura Frata (2006), *Il Class Action Fairness Act of 2005: problemi e prospettive*. Danno e responsabilità, fascicolo 1, p.13.

⁴¹ L'attività di Jefferson Country Mississippi è stata esaminata dal report di J.H.Beisner e al., *One small step for a Country Court...One Giant Calamity for the National legal system, civil justice reportn.7* (2003), Manhattan Institute, New York, 2003.

Per evitare quindi di instaurare una causa davanti alla Corte Federale, bensì davanti a quella Statale, gli avvocati riuscirono ad aggirare il criterio definito *complete diversity* che, prima del 2005, disciplinava la competenza in materia di class action.

Il criterio prevedeva che nell'unico caso in cui tutti gli attori fossero stati cittadini di Stati differenti rispetto a quelli dei convenuti e la causa fosse stata necessariamente superiore ai 75000 dollari veniva riconosciuta la competenza della Corte Federale.

Gli avvocati, con grande caparbietà, manipolavano questo precetto a loro vantaggio andando a reclutare dei *named plaintiff* provenienti dallo stesso Stato dei convenuti oppure andando a citare in giudizio come *co-defendants* dei soggetti che appartenevano al medesimo Stato degli attori.

Al fine di arginare questi abusi e restituire credibilità alla class action⁴², con il CAFA si è passati da un criterio di *complete diversity* ad un sistema di *minimal diversity* cercando di creare un giusto equilibrio tra la competenza statale e federale.⁴³

Ecco qui di seguito riportati i criteri in base ai quali viene definita la giurisdizione federale:

- 1) i membri della classe devono essere più di cento;
- 2) il valore complessivo (riferito alle pretese di tutti gli attori, esclusi gli interessi e le spese) deve superare i 5 milioni di dollari;
- 3) gli attori, anche in minima parte, devono provenire da Stati diversi da quelli dei convenuti.

Al fine di lasciare alla competenza statale le cause di particolare interesse territoriale, questa *original jurisdiction* delle Corti Federali presenta due eccezioni.

L' "*home state exceptions*" consiste nel dovere del *distric court* di rimettere la causa alla Corte Statale nel caso in cui almeno due terzi degli attori e il convenuto principale siano cittadini dello Stato in cui originariamente è stata proposta l'azione. Se invece il numero degli attori è compreso tra un terzo e due terzi, non vige l'obbligo ma una mera facoltà. L'altra eccezione, "*local controversy exceptions*", prevede invece la facoltà da parte del *district court* di rimettere la causa alla competenza statale nel caso in cui:

- a) più dei due terzi dei membri della classe sono cittadini dello Stato in cui l'azione è stata proposta;
- b) i principali danni degli attori si sono verificati in tale Stato;

⁴² L'opinione pubblica aveva manifestato una certa sfiducia verso le class actions, come dimostra una inchiesta della rivista *USA Today* che nel 2003 aveva constatato che il 47% degli americani riconosceva nelle class action uno strumento di arricchimento per gli avvocati piuttosto che di tutela dei diritti soggetti.

⁴³ Laura Frata (2006), *Il Class Action Fairness Act of 2005: problemi e prospettive*. Danno e responsabilità, fascicolo 1, p.13.

- c) nessuna class action simile è stata proposta contro alcuno dei convenuti nel triennio precedente alla proposizione dell'azione;
- d) c'è almeno un convenuto da cui la classe pretende un risarcimento consistente, la cui condotta costituisce una base significativa per la pretesa, che è cittadino dello Stato in cui la causa è stata originariamente proposta.

Con il CAFA è avvenuta una vera e propria "federalizzazione della class action"⁴⁴. Nonostante il Presidente Bush abbia dichiarato che la riforma sia stata voluta con un forte accordo dei partiti politici⁴⁵, molte sono state le critiche.

Tra gli oppositori Nancy Pelosi, *House Democratic leader* (California), che ha affermato che il CAFA è "a *payback to big business at the expense of consumers*".

Inoltre è stato sottolineato come il CAFA comporterà un aumento del carico di lavoro delle Corti Federali non indifferente (solo nei primi mesi successivi alla sua emanazione, le class actions proposte sono state più di trecento⁴⁶) al quale i giudici federali non sono sufficientemente preparati. In tutta onestà il *Chief Justice Rehnquist* ha ammesso la necessità di aumentare sia il numero dei giudici federali e del personale annesso, sia le risorse finanziarie. In aggiunta, l'introduzione della *diversity jurisdiction* non sarà pregiudizievole solo per le Corti Federali ma anche per quelle Statali. Quest'ultime, vedendosi sottrarre la tradizionale competenza per i *tort law*⁴⁷, subiranno un notevole ridimensionamento del loro potere.

Così facendo, il CAFA ribalta una tradizione bisecolare che aveva assicurato un buon equilibrio tra la giurisdizione federale e statale, muovendosi invece in senso contrario al principio del federalismo, fondamentale per gli Stati Uniti.⁴⁸

I giudici federali dovranno confrontarsi con questioni di diritto statale, interpretando e, ove opportuno anche utilizzando tale diritto del quale non hanno dimestichezza, tendendo quindi a non applicare la legge statale a nuove questioni⁴⁹ (rendendo quindi molto più

⁴⁴ Cristina Poncibò (2006) *La controriforma delle class actions*, Danno e responsabilità, fascicolo 2, p.124.

⁴⁵ Al momento della firma il Presidente Bush ha affermato che la legge ha ricevuto "a *strong bipartisan support*".

⁴⁶ Administrative Office of the U.S. Courts, *Sentencing Appeals and class action Lawsuits will cost the judiciary, The Third Branch*, Washington D.C., marzo 2005.

⁴⁷ R.A.Sedler – A.D. Twerski (2000), *State choice of law in mass tort cases: a response to a view from the legislature*, in 148 U. Pa. L. Rev., p.2263.

⁴⁸ R.Goldman (7 febbraio 2005), *Class Action: one bill, two worldviews*, Legal Times.

⁴⁹ Laura Frata (2006), *Il Class Action Fairness Act of 2005: problemi e prospettive*. Danno e responsabilità, fascicolo 1, p.13.

difficile il risarcimento dei danni in caso di situazioni non tipiche) oppure chiedendo al giudice statale la migliore interpretazione della norma⁵⁰.

Gli oppositori del CAFA sostengono che gli abusi che si potrebbero verificare, come si spiegherà successivamente, sono insiti nel rapporto tra rappresentante della classe, avvocato e i *class members*: non si capisce come questa norma, incidendo prettamente sulle regole di competenza, possa andare efficacemente ad arginare gli abusi in tema di class action.

George Priest, uno degli studiosi più autorevoli della responsabilità civile, concorda nell'affermare come i cambiamenti apportati dal CAFA siano modesti e non migliorano in modo significativo la situazione: la direzione intrapresa è erronea e meramente processuale.⁵¹

Una possibile strada che varrebbe la pena di percorrere per arginare gli abusi è quella di prevedere delle sanzioni per i comportamenti illegittimi degli avvocati e dei rappresentanti. Solo andando a modificare la base del sistema delle azioni collettive (il carattere imprenditoriale dell'attività legale e il sistema di liquidazione degli avvocati) e allo stesso tempo prendendo maggiormente in considerazione le problematiche dei membri della classe, si approderà a risultati più concreti, anche se questo comprometterebbe le medesime ragioni per le quali la class action gode di enorme successo negli Stati Uniti.

I sostenitori del CAFA ribattono affermando quanto fosse necessaria una riforma di tale portata e quanto questa risponda pienamente alle richieste della società civile. Pur riconoscendo che la "federalizzazione della class action" comporterà un grande sforzo economico, il beneficio che se ne trarrà è di primo ordine: meno abusi nei confronti dei convenuti da parte di quegli avvocati che creavano a proprio piacimento delle class actions per ricercare la corte *pro-plaintiff*.

3. LA PROCEDURA

Il modello statunitense relativo alle *damages class actions* è strutturato in modo da realizzare il prima possibile la condanna del convenuto al risarcimento dei danni subiti dagli attori.

Il sistema italiano precedente la riforma del 2009 si differenziava notevolmente sia da quello statunitense, sia da quello che oggi è presente in Italia.

⁵⁰ Cristina Poncibò (2006) *La controriforma delle class actions*, Danno e responsabilità, fascicolo 2, p.124.

⁵¹ G.L.Priest, *Talking tort reform*, disponibile sul sito www.law.yale.edu

Il giudice italiano aveva l'obbligo di andare ad individuare il criterio omogeneo di calcolo in base al quale doveva avvenire la liquidazione, salvo il caso in cui non fosse stato lui stesso a definire le somme dovute qualora ciò risultasse possibile allo stato degli atti. Terminata la fase propriamente collettiva con cui si accertava l'*an*, si apriva la fase individuale di liquidazione del *quantum*.

Le perplessità circa la costruzione della class action all'italiana erano però molte, prima fra tutte le lungaggini e le questioni imprevedibili cui il consumatore andava incontro prima di far effettivamente valere la sua pretesa attraverso la class action.⁵²

Con l'introduzione del nuovo art. 140bis, anche la sentenza italiana, chiudendo il processo collettivo, statuisce sia sull'*an* sia sul *quantum*, facendo venire meno la dicotomia processuale prevista dal precedente articolo. Il giudice nel pronunciare la sentenza liquida, in base al criterio equitativo, le somme definitive dovute agli appartenenti alla classe, o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme.

3.1 REQUISITI MINIMI

È necessario per poter porre in essere validamente una class action la sussistenza fin dall'inizio e per tutto il corso del giudizio di tutta una serie di requisiti minimi che sono elencati nel paragrafo (a) della *Rule 23*⁵³:

- *numerosity*: presenza di una classe talmente numerosa da rendere impossibile la formale partecipazione al giudizio di tutti i suoi componenti. In proposito, mentre le Corti Statali hanno individuato la presenza di tale prerequisito in presenza di classi di soli 14 o 16 attori, a livello federale la certificazione è stata negata pur in presenza di centinaia di soggetti⁵⁴, richiedendo infatti che elementi, quali ad esempio la dispersione geografica, fossero presi in considerazione per valutare la difficoltà di partecipazione;

- *commonality*: ricorrenza di questioni di fatto e di diritto comuni nelle situazioni giuridiche controverse. Questo criterio non è considerato "*particularly stringent*" e spesso le corti non si soffermano a valutare la situazione con particolare attenzione;

- *typicality*: deduzione in giudizio di pretese omogenee con domande ed eccezioni svolte dal rappresentante della classe tipiche di quest'ultima. È un criterio che ha comportato vari problemi a livello interpretativo sia da parte della dottrina sia da parte della

⁵² Laura Frata (2008), "*Class actions*" e "*Azioni collettive risarcitorie*": un primo confronto. Danno e responsabilità, fascicolo 5, p.493.

⁵³ Francesca Romana Fantetti (2009), *La nuova class action*, Responsabilità civile, fascicolo 12, p.997.

⁵⁴ *Hum v. Dericks*, 162 F.R.D. 628 (1995).

giurisprudenza poiché si è rilevata una sorta di duplicazione con il requisito della *commonality* e della *adequacy of representation*⁵⁵;

-*adequacy of representation*: capacità del *representative* di proteggere correttamente ed adeguatamente gli interessi della classe. Viene considerato “*the most important prerequisite for a class action*”⁵⁶ poiché garantisce che l’istituto della class action sia effettivamente compatibile con la Costituzione che riconosce in capo ad ogni individuo il diritto di partecipare attivamente al giudizio per tutelare i propri diritti lesi. Solamente nel caso di adeguatezza del *class representative* si potrà riconoscere la piena legittimità costituzionale della class action che inevitabilmente, nel concreto, va a limitare le garanzie individuali.

È proprio a fronte della delicata funzione che svolge il rappresentante (*lead plaintiff*) che è stata riconosciuta l’opportunità della nomina dello stesso da parte del giudice.

Nella maggior parte dei casi ci sono numerosi soggetti che si propongono di rivestire tale ruolo ed è per questo che il giudice deve orientare la propria scelta rifacendosi a determinati principi: l’appartenenza alla classe, la mancanza di conflitto di interessi, le disponibilità economiche per sostenere la lite.⁵⁷

Tendenzialmente il giudice ritiene che il soggetto più adeguato a rappresentare le pretese della classe sia colui che ha subito il danno più ingente poiché ha maggiore interesse degli altri a vedere condannati i responsabili della frode e recuperare quanto spettante⁵⁸ (nel caso di azioni promosse da investitori è stato riconosciuto espressamente dal legislatore questa presunzione relativa)⁵⁹. Per una maggiore completezza dell’esposizione rinviamo al capitolo relativo al ruolo che svolge il *lead plaintiff* nel sistema statunitense.

3.2 CERTIFICATION

La *certification*, che apre la *subsection (c)*, è il primo step necessario per lo svolgimento e la conclusione della class action.

⁵⁵ Pier Filippo Giuggioli (2006), *Class action e azione di gruppo*, p.14.

⁵⁶ Klonoff, Bilich, *Class action and other multi-party litigation*.

⁵⁷ Nicolò Trocker (2009), *Class action negli Usa – e in Europa?*, Contratto ed impresa, Europa, fascicolo 1, p.186.

⁵⁸ Loriana Renzi (2008), *Il modello statunitense di class action e l’azione collettiva risarcitoria*, Resp. Civ. e prev., fascicolo 5, p.1213.

⁵⁹ Lydia Ferrarese (2008), *Le norme statunitensi sulle azioni collettive: analisi comparativa con la normativa italiana e spunti di riflessione*, La Responsabilità civile, fascicolo 8/9, p.746.

In questa prima fase, il giudice deve svolgere tutta una serie di indagini attraverso le quali valutare, sulla base delle prove esperite dall'attore, l'ammissibilità o meno della class action.

Quando si parla di certificazione, il primo problema che si deve affrontare è relativo alle modalità con le quali queste indagini devono essere condotte. Richiamando uno scritto del giurista Miller⁶⁰, è controversa la necessità di fissare, nella fase preliminare, un'udienza per permettere una ponderata valutazione delle prove da parte del giudice.

Il rischio che si profila è di prim'ordine.

Nel caso in cui il giudice optasse per la fissazione dell'udienza, questa ipotesi potrebbe portare all'instaurazione di un vero e proprio processo, con la conseguente sovrapposizione di questioni inerenti alla certificazione a quelle di merito. Sarebbe una scelta che porterebbe a trattare nella fase preliminare questioni che invece dovrebbero essere affrontate in un successivo momento.

Una seconda scelta che potrebbe essere presa dal giudice è quella di decidere di pronunciarsi immediatamente sull'ammissibilità dell'azione. La mancata fissazione dell'udienza potrebbe, di converso, far sorgere il pericolo che la decisione relativa alla *certification* possa comportare decisioni errate.

Si è discusso a lungo su quale possa essere la soluzione preferibile, ma, in genere, si riconosce una forte discrezionalità in capo al giudice. Sarà lui stesso che, valutando il caso concreto, nel momento in cui rinvenga una situazione sufficientemente chiara, si pronuncerà immediatamente sull'ammissibilità della controversia, in caso contrario verrà fissata una apposita udienza.

Sempre in tema di discrezionalità del giudice si sottolinea in proposito una novità che è stata introdotta con la riforma del 2003.

Precedentemente, l'autorità giudiziaria aveva la possibilità di ammettere una "*certification conditional*" cioè subordinata a determinate condizioni. Per esempio, poteva essere ammessa la class action solamente a fronte della partecipazione di determinati soggetti che avrebbero migliorato l'adeguatezza della rappresentanza di classe.⁶¹

Oggi questa possibilità non è più prevista. L'autorità giudiziaria può negare o ammettere l'azione: non altre ipotesi possono essere percorse.

⁶⁰ Geoffrey P. Miller (2008), *Punti cardine in tema di class action negli USA*, fascicolo 1, p. 216.

⁶¹ Pier Filippo Giuglioli (2006), *Class action e azione di gruppo*, p.33.

L'obiettivo principale rimane comunque quello di pronunciare la *certification* il prima possibile (*at an early practicable time*), pur sottolineando che la *Rule 23* non individua un preciso termine o scadenza.

La certificazione è un momento fondamentale e delicato del procedimento giudiziario collettivo: la conseguenza più importante è infatti l'individuazione della classe, degli elementi identificativi dei suoi membri. Su questo risultato si gioca tutta la disciplina collettiva poiché da ora in poi gli effetti del giudicato si estenderanno nei confronti di tutti i membri della classe, salvo il caso in cui venga esercitato l'*opt out* nelle *damages class actions*.

L'individuazione della classe non impedisce comunque all'individuo di partecipare al processo in uno dei seguenti modi: semplice adesione (*appearance*) per mezzo del ministero difensore oppure attraverso un vero e proprio intervento.

La partecipazione può avere i più svariati contenuti: adesione alla domanda, eccezioni, contestazione dell'adeguatezza dei legittimati e via dicendo (*Rule 23(d)(1)(B)*). Ricordiamo comunque che stiamo parlando di un sistema in cui vige l'*opt out* quindi questi comportamenti da parte dei danneggiati non saranno necessari per acquisire gli effetti del giudicato della sentenza.⁶²

Ulteriormente la certificazione deve andare a verificare la sussistenza dei requisiti minimi elencati nel paragrafo (*a*), nominare il *lead counsel* (avvocato della classe) secondo le modalità individuate nel paragrafo (*g*), verificare la legittimazione di colui che si propone come rappresentante della classe (*lead plaintiff*), pronunciarsi sulle modalità con le quali dovrà avvenire la *notice* e definire le domande, le eccezioni e le difese.

In relazione a quest'ultimo punto è bene considerare che il giudice non è costretto ad ammettere la class action per ciascuna domanda che gli viene fatta, bensì la certificazione può essere concessa solo per alcune questioni originali. Si pensi ad esempio ad una causa di danno da prodotto: la corte potrebbe autorizzare la class action esclusivamente per le questioni inerenti i difetti del prodotto, lasciando ai singoli le questioni relative al risarcimento dei danni dai medesimi subiti.

Da questa analisi della disciplina della *certification* ci rendiamo subito conto del ruolo da protagonista che la sezione (*e*)⁶³ chiede al giudice di svolgere: coraggio e fantasia sono le qualità che dovrà palesare fin dall'instaurazione della class action.⁶⁴

⁶² Vincenzo Vigoritti (2008), *Class action e azione collettiva risarcitoria*, Contratto e impresa, fascicolo 3, pp729-755.

⁶³ Riformata nel 2003.

Una volta pronunciato questo atto, si apre la seconda fase del giudizio con la quale viene svolta l'attività di cognizione.

L'ammissibilità della class action non esclude la possibilità che sorgano successivamente delle contestazioni in materia di certificazione che dovranno essere fatte valere in sede di appello (Corte Federale d'appello) così come prevede esplicitamente la *Rule 23 (d)(f)*. L'impugnazione deve essere autorizzata dal giudice *ad quem*, che può pertanto negare l'accesso al grado.

Sempre in un momento successivo alla *certification*, viene riscontrata la possibilità in capo al giudice di andare a modificare e revocare la pronuncia fin quando la causa non venga decisa. Ogni qualvolta il giudice ne rinvenga la necessità, a fronte della mutabilità di questo atto, la classe può essere oggetto di suddivisione in ulteriori sottoclassi oppure di decertificazione.

Nel primo caso l'autorità giudiziari suddivide la classe in varie sottoclassi qualora rinvenga delle differenze sostanziali tra i *class members*. A seguito di questa suddivisione, ciascuna delle sottoclassi da questo momento viene trattata come una vera e propria class, alla quale si applicano tutte le disposizioni della *Rule 23*.

La seconda ipotesi prevede invece la pronuncia della *decertification*. Molti sono i casi che potremmo citare, per esempio: *In Re Rhone-Poulenc Rover Inc. class action (1996)* intrapresa per conto degli emofilici infettati dal virus dell'AIDS oppure *Castano v. Americano Tobacco Co.(1996)* in ambito di *tobacco litigation*.

3.3 NOTICE

Una volta ottenuta la *certification*, la prosecuzione del processo è sottoposta alla realizzazione della notificazione: l'istituto attraverso il quale deve essere data comunicazione a tutti i membri della classe della pendenza del giudizio.

La regola generale è la chiarezza, la precisione, la facilità di comprensione che deve caratterizzare l'adempimento della *notice* per garantire il rispetto del principio costituzionale del *due process*⁶⁵.

Fin da subito si vuole sottolineare che di notificazione si deve parlare anche per le conciliazioni (*settlements*). I *class members* subiscono infatti non solo gli effetti del

⁶⁴ Nicolò Trocker (2009), *Class action negli USA – e in Europa?*, Contratto e impresa. Europa, fascicolo 1, p.191.

⁶⁵ La Corte Suprema nel caso *Phillip Petroleum Co. V. Shutts* ha dichiarato che la normativa in parola era sufficiente per garantire il rispetto del principio *due process*.

giudicato della sentenza ma anche quelli degli accordi e di qualsiasi altro atto giudiziario: è per questo che anche in questa occasione è necessario effettuare una notificazione per permettere eventualmente a tutti i *class members* di opporvisi.

La *notice* è un obbligo che deve essere adempiuto da parte del rappresentante della classe, per mezzo del legale, a favore di tutti i *class members*. Tale obbligo deve essere eseguito attraverso un ragionevole sforzo che l'ordinamento richiede al rappresentante nell'individuazione dei membri della classe. In alcuni casi bisogna però sottolineare la difficoltà che la realizzazione della *notice* può comportare: ad esempio nelle situazioni in cui i diritti oggetto di tutela sono futuri, molto spesso i danneggiati non sanno nemmeno di essere tali.

Pur essendo un principio fondamentale, gli avvocati della classe in passato hanno prestato poca attenzione alla realizzazione di un adempimento ottimale. Non c'è mai stata da parte dei legali una volontà di fornire informazioni precise ai rappresentati per paura che questo, oltre ad essere molto dispendioso, potesse accrescere le divergenze di opinione all'interno della classe e, soprattutto, tra questa e i rappresentanti legali.⁶⁶

A fronte dei vari tipi di class action che la *Rule 23* ci presenta, possiamo andare ad individuare diverse modalità con le quali la *notice* può essere posta in essere per garantire la migliore comunicazione dell'inizio dell'azione.

È la corte che detiene il controllo della *notice* in sede di certificazione, controllo che dovrà essere esercitato in maniera differente a seconda del tipo di azione.

Nel caso in cui ci trovassimo di fronte a una class action del tipo *(b)(1)* e *(b)(2)* il giudice ha solamente la facoltà di individuare il se e il come delle informazioni che devono essere date in sede di notificazione (...*the court may direct*); mentre nel caso di *damages class action (b)(3)* vige un vero e proprio dovere (...*the court must direct*) di individuazione delle informazioni che devono essere rese note dal rappresentante a favore dei membri della classe.

Sempre in ambito della class *(b)(3)*, la *Rule 23* individua in maniera precisa le informazioni che devono essere date dal rappresentante nella *notice*: la natura dell'azione, la definizione di classe, le domande, le modalità e le tempistiche che devono essere rispettate per esercitare l'*opt out* e l'avvertenza che in caso di mancata autoesclusione questo comporterà il passaggio in giudicato della sentenza nei confronti dei rappresentati. Quando si parla di *notice* non si può tralasciare la problematica del costo che bisogna affrontare per dare tutte le informazioni necessarie per l'individuazione della class action.

⁶⁶ Cristina Poncibò (2006) *La controriforma delle class actions*, Danno e responsabilità, fascicolo 2, p.124.

Molto interessante è l'analisi che Miller⁶⁷ fa in materia di costo della *notice*, in particolar modo la riflessione circa la convenienza di proporre class action di valore economico esiguo per il singolo ma con spese giudiziarie molto elevate da affrontare.

Per prima cosa si vuole sottolineare come la *notice* sia una semplice finzione che propone l'ordinamento statunitense per cercare di ridurre le grandi differenze che sussistono tra la class action e un'azione ordinaria tra due sole parti. Questo timido tentativo spesso rischia però di essere solamente dispendioso piuttosto che veramente garantista del principio del giusto processo.

Da una analisi empirica si può facilmente desumere che dalla notificazione i *class members* non acquisiscono informazioni di tale rilevanza da far maturare la decisione, qualora questo sia possibile, di esercitare l'*opt out*.

Come abbiamo visto in precedenza, soprattutto nelle cause di poco valore economico per il singolo, la logica razionale è quella di non acquisire i benefici che si potrebbero trarre dal potere di autoesclusione ma piuttosto quella di rimanere nella class action al fine di acquisire i risarcimenti che si potrebbero trarre anche se di poco valore. Verosimilmente in questi casi la maggioranza dei *class members* butterà nel cestino la notificazione, incurante del suo diritto di *opt out*.

È proprio a fronte di questo atteggiamento che bisogna valutare quale sia effettivamente la modalità di notifica più appropriata per garantire l'esercizio dell'*opt out*, ma, allo stesso tempo, quella che permette il minor dispendio di risorse economiche.

In passato si riteneva che a fronte della conoscenza della lista completa di tutti i nomi e indirizzi degli appartenenti alla classe, il modo più adeguato per adempiere all'obbligo di informazione fosse attraverso il servizio postale. Se però ci si sofferma a fare un rapido calcolo del costo che questa pratica comporta, immediatamente si evidenzia l'inefficacia di questo mezzo.

Prendiamo ad esempio una class action del valore di 50 milioni di dollari, alla quale partecipano 50 milioni di persone. Aggiungiamo poi che la spesa per la notificazione (costo della carta, delle buste, dei francobolli,..) sia di 35 milioni di dollari ai quali bisogna sommare gli onorari e le spese degli avvocati: il guadagno che riceverebbe il singolo danneggiato sarebbe talmente esiguo che nessun soggetto avrebbe interesse ad iniziare una class action. Questa conclusione non è accettabile. Il servizio postale era un metodo utilizzato in un momento storico in cui le persone non avevano familiarità con la class

⁶⁷ Geoffrey P. Miller (2008), *Punti cardine in tema di class action negli USA*, fascicolo 1, p. 216.

action e quindi era necessaria una maggiore informazione per la tutela dei singoli anche se questo fosse stato dispendioso.

Oggi i presupposti sono cambiati, è necessario rivedere quali siano i mezzi di informazione più efficienti attraverso una valutazione costi/benefici. Pur essendo ancora una questione insoluta, le corti hanno incominciato a porsi il problema di informare i rappresentati attraverso avvisi pubblici, quotidiani di diffusione nazionale o locale oppure via internet.

3.4 CONDUCTING THE ACTION

Una volta che il giudice ha certificato la class action ed è stato adempiuto da parte del rappresentante l'obbligo di notificazione, si può dare inizio alla procedura che porterà, nei casi ordinari, alla sentenza.

La sezione (d)(1) riconosce anche in questa fase un forte potere discrezionale in capo al giudice che ha pronunciato la *certification*.

Viene ammessa la possibilità di derogare alle norme processuali, dettate per garantire il regolare svolgimento delle azioni individuali, permettendo così un adeguato svolgimento in concreto del processo collettivo. Il giudice può, per esempio imporre condizioni al rappresentante, eliminare domande o allegazioni che riguardano persone che non appartengono alla classe, impartire prescrizioni su richieste (anche probatorie) che possano complicare l'esito della procedura.

In questa fase vengono, ulteriormente, adottate tutta una serie di misure idonee ad evitare inutili ripetizioni o complicazioni che, dalla presentazione delle prove o delle difese, deriverebbero dall'applicazione rigorosa delle regole processuali per l'azione individuale. In concreto: si cerca ancora una volta di favorire lo svolgimento della class action.⁶⁸

3.5 JUDGMENT

Il paragrafo (c)(3) indica gli effetti della sentenza che, nei casi ordinari, conclude il processo della class action.

“La sentenza che pronuncia su una class action ai sensi dei paragrafi (b)(1) e (b)(2), favorevole o contraria che sia, deve indicare e descrivere coloro che la corte considera componenti della classe”.

“La sentenza che pronuncia su una class action (b)(3), favorevole o contraria che sia, deve indicare e specificare, ovvero descrivere, coloro che la corte reputa essere membri

⁶⁸ Claudio Consolo (2008), *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, p.15.

della classe e nei confronti dei quali si era provveduto alla notificazione di cui al paragrafo (c)(2), e che non abbiano esercitato il potere di autoesclusione”⁶⁹ così come descritto nel capitolo 2.2.

3.6.1 SETTLEMENT, VOLUNTARY DISMISSION, OR COMPROMISE

Il capitolo vuole iniziare riportando un dato empirico che permette di notare che nel sistema statunitense, la maggior parte delle class actions si concludono con un accordo piuttosto che con una sentenza. Le parti qualora raggiungano un compromesso, possono porre la parola fine alla controversia, senza la necessità della pronuncia della sentenza da parte del giudice.

Il grande successo di questi accordi è spiegabile a fronte degli enormi interessi economici che ruotano attorno alle class action.

In primis, la conciliazione è vantaggiosa per le aziende. Quando il convenuto è consapevole che il rischio di essere condannato al pagamento di un risarcimento è elevato, preferisce scendere a compromessi con gli attori attraverso la stipulazione di conciliazioni che, pur essendo dispendiose, sono molto più convenienti per l'economia aziendale. I casi in cui gli attori sono incentivati a resistere fino alla fine sono molto rari.

In secondo luogo, gli interessi degli avvocati di chiudere il prima possibile il processo è notevole. Spesso, incuranti di tutelare al meglio i diritti lesi della classe, per raggiungere il maggior profitto cercano di realizzare il prima possibile la stipulazione di accordi che, per varie ragioni, possono essere considerati più convenienti dell'eventuale pronuncia di una sentenza.

Il *settlement*, regolamentato dalla sezione (e), può essere di natura monetaria o meno. In quest'ultimo caso la conciliazione si esplica nelle seguenti forme: in un obbligo assunto da parte del convenuto a tenere un determinato comportamento (*quasi – injunctive agreement*) oppure nella consegna di un tagliando con cui si riconosce il diritto all'acquisto di un prodotto della medesima società ad un prezzo ridotto.

Pur riservando la trattazione della questione dei *coupon settlement* in maniera più approfondita al prossimo paragrafo; in questa sede si prende in considerazione uno scritto realizzato da Miller di notevole interesse.

Una conciliazione in forma non monetaria, se fatta in maniera appropriata, può comportare al class member un maggiore ristoro rispetto a quello che si otterrebbe in forma pecuniaria. “La motivazione è semplice - afferma Miller - i membri della classe devono

⁶⁹ Taruffo (1969), *I limiti soggettivi del giudicato e le “class action”*, Riv. Dir. Proc. P.609 ss.

calcolare il valore del prodotto del convenuto ad un prezzo uguale o vicino a quello di vendita al dettaglio, nel caso in cui il prezzo di vendita per il convenuto è inferiore. La differenza tra il valore calcolato e il costo per il convenuto può essere divisa tra i membri della categoria, ottenendo così un risultato migliore rispetto alla situazione in cui i contanti fossero stati sul tavolo.”⁷⁰

In passato, con la riforma del 1966, venivano concessi ampi poteri transattivi in capo alle parti, oggi il sistema è un po' cambiato: vige un forte potere di controllo da parte del giudice per arginare gli abusi che in passato si erano verificati.

Grazie alle riforme del 2003 e del 2005, è stato previsto il dovere da parte del giudice di approvare ogni *settlement* che venga raggiunto dalle parti. Qualora si trova un accordo, l'autorità giudiziaria fissa un'udienza in occasione della quale le parti devono fornire tutti gli elementi necessari all'individuazione della transazione e degli eventuali patti collegati che potrebbero influenzare la decisione del giudice. Nel caso in cui il tribunale ritenga che le prove fornite non siano sufficienti, possono essere chiesti dei chiarimenti e l'esibizione di documenti ulteriori.

Qualora dalla valutazione degli elementi che sono stati forniti all'udienza, si rinvenga che l'accordo è *fair, reasonable e adequate*, l'approvazione da parte del giudice non può che essere assicurata. In caso contrario, la corte non può modificare direttamente l'accordo che le è stato presentato, ma deve solamente limitarsi a dare dei suggerimenti sul modo in cui si deve procedere alle modificazioni.⁷¹

La necessità di approvare le transazioni si è avvertita a fronte della necessità di arginare le numerose collusioni che in occasione delle transazioni si realizzavano tra avvocati, rappresentanti e convenuti. In particolar modo gli avvocati cercavano di raggiungere il prima possibile la stipulazione di accordi, andando molto spesso a “svendere” le class actions, in cambio di pattuizioni vantaggiose per loro stessi. Infatti, prima si raggiungeva la stipulazione, prima venivano liberate le risorse investite in quel processo per permettere così un loro successivo investimento in un altro processo più proficuo. Non è un mistero che questo conflitto di interessi non portava ad una ottimale tutela dei membri della classe. Oltre al generale principio di controllo della transazione da parte del giudice, l'ordinamento statunitense prevede specifiche ipotesi, in costanza delle quali non può essere approvato il *settlement* al fine di contribuire ad una maggiore tutela dei rappresentati della classe.

⁷⁰ Geoffrey P. Miller (2008), *Punti cardine in tema di class action negli USA*, fascicolo 1, p. 216.

⁷¹ Aldo Frignani e Paolo Virani (2009), *Le class actions nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*. Fascicolo 1, p.5.

Un primo caso si può individuare nella *section 1713* che vieta ai giudici federali di convalidare accordi in cui si preveda che i membri della classe paghino di tasca propria gli onorari degli avvocati; un secondo divieto è previsto nella *section 1714* che proibisce accordi che vadano a riconoscere dei risarcimenti maggiori ai soggetti della classe che provengano da zone geografiche più vicine alla corte che ha pronunciato l'accordo.

Ultima ipotesi di divieto di approvazione, è prevista per i soli casi di *damages class actions*. Nell'ipotesi in cui sia stata raggiunta una transazione, ma questa non consenta ai membri della classe di esercitare il loro tradizionale potere di autoesclusione, il giudice deve sempre astenersi dal convalidarla. Questa norma è stata pensata proprio a fronte del fatto che la transazione, come la sentenza e ogni altro atto processuale, è efficace nei confronti di ogni membro della classe.

Ulteriore onere che deve adempiere il giudice in caso di approvazione dell'accordo, è l'individuazione delle modalità più appropriate con le quali deve avvenire la *notice* dell'accordo. Anche in questa occasione, come si è già accennato nel capitolo 3.3, è obbligo del rappresentante, come a seguito della certificazione, notificare ai *class members* il contenuto dell'accordo transattivo.

Un'ultima forma di tutela in tema di conciliazione che viene riconosciuta dall'ordinamento in capo ai membri della classe per sconfiggere gli abusi che dall'azione collettiva ne potrebbero derivare è costituita dalla possibilità di contestare la proposta transattiva.⁷²

3.6.2 LA QUESTIONE DEL COUPON

In che cosa consiste questo tipo di transazione? Il convenuto che sarebbe stato condannato al pagamento di un risarcimento monetario, offre ai danneggiati l'equivalente in buoni sconti su futuri acquisti di suoi beni, o prestazioni di servizi da lui svolti, da utilizzare entro un certo periodo di tempo. Questo strumento, pur con le sue limitazioni che tra poco verranno analizzate, cerca comunque di tutelare i danneggiati, soprattutto coloro che hanno subito una lesione di piccola entità.

Una ricerca del *RAND Institute for Civil Justice* dimostra come in assenza di un tale *settlement*, le corti, a fronte degli elevati costi della giustizia, non avrebbero mai interesse ad iniziare un processo il cui risarcimento pro capite sia assolutamente irrisorio. Le *coupon class actions* rappresentano molto spesso l'unico metodo per una tutela reale di questo

⁷² Paola Lucantoni (2008), *Un ruolo trainante per gli studi legali*, Analisi giuridica dell'economia, fascicolo 1, p.85 ss.

tipo di diritti e, al tempo stesso, svolgono una funzione di tipo pubblicistico nel correggere i comportamenti illeciti delle aziende.⁷³

Doveroso è riportare le numerose critiche che in passato sono state mosse a questo tipo di *settlement*. I punti contestati erano sostanzialmente due: il ristoro che veniva offerto al danneggiato era irrisorio o addirittura privo di valore ma allo stesso tempo si conferiva al convenuto l'occasione di svolgere una non indifferente operazione di marketing. Oltre a ciò, sullo sfondo, bisogna tenere sempre ben presente che gli avvocati erano incentivati a stipulare questi *coupon settlements* a fronte delle enormi liquidazioni che percepivano in percentuale al risarcimento liquidato.

Proprio a fronte degli abusi che si erano verificati in occasione di questi accordi, è intervenuto il *Class Action Fairness Act (CAFA)* del 2005 con cui si è introdotto un "*Consumer Class Action Bill of Rights*" che prevede il rafforzamento dei poteri del giudice in ambito di *judicial scrutiny* in occasione dei *coupon settlements*.⁷⁴

Come in ogni transazione, anche in questa sede viene richiesta l'approvazione del giudice che deve vagliare l'equità, la ragionevolezza, l'adeguatezza⁷⁵. In particolar modo deve valutare che il valore del singolo *coupon* non sia inferiore alla perdita netta in denaro. La corte deve anche controllare che i criteri su cui si basa la transazione non comportino delle disparità di diritti. Più precisamente, richiamandoci alla già vista *section 1714*, non deve essere utilizzato come criterio di ripartizione la maggiore o minore vicinanza alla corte competente.

Un'ulteriore aspetto della riforma riguarda il metodo di liquidazione degli onorari dei rappresentanti legali. Prima del CAFA, il compenso si basava sulla percentuale del valore economico complessivo della transazione e le strumentalizzazioni che gli avvocati ne facevano a discapito dei membri della classe erano palesi.

Si riportano solo alcuni esempi realizzati da uno studio empirico fatto da Eisenberg e Miller. Primo caso: *Scott v. Blockbuster Inc.*, processo svoltosi davanti alla Jefferson Country. La classe lamentava l'imposizione da parte dell'azienda di sanzioni pecuniarie per il ritardo della riconsegna da parte dei clienti di DVD e VHS noleggiati. La class action ha previsto una transazione in cui si prevedeva la possibilità in capo ad ogni class member

⁷³ D. Shapiro (1998), *Class Actions as Party and Client*, in 73 *Notre Dame L. Rev.*, 913-924.

⁷⁴ Già anteriormente veniva prevista la possibilità di un controllo da parte del giudice sull'equità della transazione, anche qualora fosse basata sui coupons.

⁷⁵ Esempio di coupon settlement giudicato iniquo vedi *In re General Motors Corp. Pick-up Truck Fuel Tank Products Liability Litigation* dove i componenti della classe hanno ricevuto "*coupons redeemable toward the purchase of a new truck*" mentre gli avvocati hanno guadagnato "*fees of \$9,5 million*".

di un *coupon* del valore di un dollaro oppure “*buy one, get one free*”. A fronte di questo risarcimento assolutamente irrisorio per i danneggiati, gli avvocati guadagnarono 9 milioni di dollari.

Secondo caso: la *Cheerios* è stata convenuta in una class action con l'accusa di utilizzare degli additivi proibiti nei loro prodotti. Anche questo processo si concluse con una transazione che prevedeva tagliandi con cui si potessero acquistare nuovi prodotti della *Cheerios*, facendo allo stesso tempo guadagnare ai legali milioni di dollari.⁷⁶

Oggi la liquidazione degli onorari degli avvocati risulta molto più equa grazie alla modificazione del criterio che deve orientare la pronuncia del giudice. Dal 2005 l'onorario viene individuato in base al valore dei *coupons* assegnati e così, gli avvocati, riceveranno il loro compenso solamente dopo che tutti i membri della classe avranno utilizzato i servizi e/o avranno ricevuto i beni oggetto della transazione.

Tale principio, anche se è in astratto più razionale, può in concreto fungere da vero e proprio deterrente alla ricerca di un accordo basato sui *coupons* da parte degli avvocati contrari ad aspettare il loro compenso solamente dopo che siano stati impiegati dalla classe. Questo norma potrebbe però portare gli avvocati a rivolgere maggiore interesse alle transazioni che abbiano come oggetto somme di denaro piuttosto che prestazione e/o beni.

3.7 L'ESECUZIONE

Resta ora da chiarire le modalità con cui i partecipanti alla classe hanno la possibilità di godere degli effetti della sentenza che si è conclusa con successo.

Ipotesi di *injunctive class action*: ogni membro in questo caso avrà la possibilità di promuovere l'esecuzione coattiva della sentenza anche nel caso in cui sia entrato a far parte della classe in un momento successivo alla pronuncia.⁷⁷

Diverso è il caso delle *damages class actions*. Ogni volta in cui la somma di denaro sia sufficiente al soddisfacimento delle pretese dei singoli *class members*, si provvede sicuramente alla divisione dando a ciascuno ciò che è di sua spettanza. Nel caso in cui detta somma non fosse adeguata, il riparto avviene in percentuale o parzialmente, mentre, nell'ultima ipotesi in cui si ravvisi un eccesso dell'entità risarcitoria, viene disposta la creazione di un *trust fund* che viene destinato a beneficio indiretto della classe. Per

⁷⁶ T. Einsberg , G. P. Miller (2004), *Attorney fees in class action settlements: an empirical study*, in 1 Journal of Empirical Legal Studies, 27-78.

⁷⁷ Andrea Giussani (1996), *Studi sulle class actions*, p.270.

esempio sono state istituite borse di studio per i figli dei lavoratori che hanno ottenuto un risarcimento per cause del lavoro⁷⁸ o è stato disposto di devolvere grosse somme di denaro ad enti senza scopo di lucro.

4. IL RUOLO DEL GIUDICE

Pur avendo già riportato nei capitoli precedenti le funzioni che oggi come oggi il giudice è chiamato a svolgere in occasione di una class action, si riportano qui di seguito in maniera schematizzata tutti i poteri dell'autorità giudiziaria:

- 1) legittima chi si propone come rappresentante della classe, nominando lui stesso il cd. *lead plaintiff* nel caso di pluralità di attori;
- 2) sceglie il *lead counsel* quando vi siano più difensori della stessa classe;
- 3) controlla le capacità tecniche e finanziarie dei difensori;
- 4) certifica che l'azione è una class action e come tale deve essere gestita;
- 5) dispone sulle modalità di notifica dell'atto introduttivo e degli atti dispositivi, come rinunce dell'azione e proposte transattive, ai membri assenti della classe;
- 6) permette agli assenti di intervenire in giudizio;
- 7) può dividere la classe in più sottoclassi;
- 8) può circoscrivere le domande per le quali la decisione è destinata ad essere vincolante anche per i membri appartenenti alla classe rimasti estranei al processo;
- 9) verifica e liquida gli onorari degli avvocati;
- 10) valuta l'adeguatezza delle proposte transattive tra le parti.

5. IL RUOLO DEL LEAD COUNSEL

Uno dei problemi più dibattuti dalla giurisprudenza in tema di azioni collettive è il ruolo che viene assunto dall'avvocato in questi processi. È stato constatato che chiave del successo, ma allo stesso tempo fonte di innumerevoli pregiudizi, delle class actions risiede nel fatto che l'attività svolta dall'avvocato in occasione di queste azioni può essere definita imprenditoriale.⁷⁹ È pacifico ormai l'accostamento della figura dell'avvocato a quella dell'imprenditore (*managing lawyer*).

⁷⁸ *Powell v. Georgia – Pacific Corp.* 119 F.3d 703 (8th Cir.1997).

⁷⁹ Geoffrey P. Miller (2008), *Punti cardine in tema di class action negli USA*, fascicolo 1, p. 220.

Verosimilmente, i grandi studi legali (*law firms*), avendo a disposizione consistenti capitali da investire, sono gli unici che hanno la possibilità di supportare le ingenti spese giudiziali necessarie per dare inizio ad una class action.

Spesso, pur in mancanza di una esplicita richiesta da parte dei danneggiati, intraprendono le indagini al fine di andare a valutare se ci sia stato il compimento di un illecito e se sia conveniente o meno l'instaurazione di una class action. Se l'avvocato ritiene che ci siano buone probabilità di successo, indipendentemente dal fatto che questo porti in capo ad ogni danneggiato risarcimenti più o meno irrisori⁸⁰, investe parte del suo capitale per dare inizio all'azione collettiva.

Il tutto viene svolto per acquisire gli ingenti benefici che gli stessi studi legali possono trarre dallo svolgimento dell'azione collettiva.

Questo sistema, se da un lato favorisce, grazie all'iniziativa dell'avvocato la tutela di diritti che altrimenti non riceverebbero una tutela reale perché di entità troppo modesta (motivo del grande successo della class action), dall'altro lato crea un conflitto di interessi che potrebbe essere pregiudizievole ai medesimi soggetti. Proprio su questo contrasto ruota tutta la questione: il massimo guadagno ricercato dal *lead counsel* vs il diritto al risarcimento del danneggiato, questione già esaminata nel paragrafo 3.6.1.

A fronte del carattere imprenditoriale che assume la class action, è lo studio legale che assiste la classe ad assumere il ruolo di *dominus*, sostituendosi così, di fatto, al rappresentante di classe (*lead plaintiff*) nella conduzione del processo.

Questo porta l'avvocato ad accertare in prima persona la sussistenza della violazione del diritto, ad individuare il soggetto che vuole assumere la veste di *named plaintiff*, a controllare tutte le fasi del giudizio, oltre che a scegliere in maniera mirata i convenuti che, grazie alle loro capacità economiche, riescano a supportare un ristoro delle spese adeguato e remunerativo.⁸¹ Verosimilmente nelle *damages class actions* le società maggiormente colpite sono le multinazionali, e le grandi *corporations* che hanno effettivamente la possibilità di supportare grandi risarcimenti senza rischiare di fallire.

Nel sistema statunitense, anche se non è tecnicamente necessario, tra l'avvocato e i componenti del gruppo, vige la prassi della stipulazione di un contratto (*patto di quota lite*) con il quale l'avvocato anticipa tutte le spese della conduzione del processo. Sarà quindi lo

⁸⁰ È proprio dall'attività imprenditoriale svolta dall'avvocato che molto spesso siamo in presenza di azioni collettive di scarso valore economico per il singolo individuo.

⁸¹ Vincenzo Vigoriti (2006), *Impossibile la class action in Italia? Attualità del pensiero di Mauro Cappelletti*, Resp. Civ. prev., p.36.

studio legale a provvedere alle spese relative, per esempio, all'espletamento di perizie o alle trasferte dei testimoni. Queste spese verranno risarcite allo studio legale solamente in caso di vittoria, in questo modo l'intero rischio di insuccesso della class action non viene addossato in capo alla classe. Si evita così ai rappresentati di supportare qualsiasi tipo di spesa sia per l'avvio, sia per l'insuccesso della causa (dato che il sistema statunitense nemmeno prevede che le spese giudiziali vengano sostenute dal soccombente).

Il motivo che spinge gli avvocati a rivolgere un grande interesse all'istituto delle class actions risiede nel principio della *contingency fee*.

Il *contingency fee* è un parametro di liquidazione degli onorari che viene utilizzato nelle *damages class actions*.⁸² L'avvocato riceve una remunerazione, che gli viene liquidata solamente in caso di vittoria, sulla base di una percentuale del valore globale del risarcimento⁸³.

A fronte delle numerose illiceità che dall'applicazione di questa norma si verificavano, la riforma del 2003 ha rafforzato notevolmente il potere di controllo del giudice sui legali.

Il primo compito della corte (*subsection (g)*) è di nominare il *lead counsel*, salvo il caso in cui vengano riportate previsioni difformi contenute in leggi specifiche. Questo potere, in realtà, era già esercitato dalle autorità giudiziarie prima della riforma. Pur non essendo previsto esplicitamente nella vecchia *Rule 23*, i magistrati comunque provvedevano alla nomina in occasione di *extraordinary circumstances*.

Oggi, la sezione (*g*), prevede che, nel caso in cui i legali che richiedano di essere nominati siano molteplici, i criteri che devono orientare la scelta del giudice sono: il lavoro effettivamente svolto dal legale nell'identificazione o nell'investigazione dei fatti della causa, l'esperienza del legale in azioni collettive o in altre azioni di massa e nella tipologia delle richieste di cui all'azione in esame, la competenza dell'avvocato in materia e le risorse che il legale dedicherà alla rappresentanza di classe.

Accanto a tali profili che obbligatoriamente devono essere presi in considerazione, la *Rule 23* permette al giudice in aggiunta:

⁸² La *Rule 1.5* prevede comunque tutta una serie di elementi che da soli o separatamente possono determinare l'ammontare della remunerazione dell'attività degli avvocati. Questi sono: il tempo dedicato dall'avvocato alla pratica, le difficoltà, il valore, l'esperienza dell'avvocato ed il risultato ottenuto. In tal modo si individuano varie fattispecie di compenso: *tariffa flat*, *hourly fee*, *contingency fee*, *performance fee*. Come abbiamo visto nel testo, nelle *damages class actions* viene utilizzato il criterio del *contingency fee*.

⁸³ Si tenga peraltro presente che la giurisprudenza d'oltreoceano ha escluso la possibilità di incrementare il compenso degli avvocati mediante il criterio del cd. "premio per il rischio" (*contingency factor*), cioè un coefficiente proporzionale alle probabilità di vittoria della lite da valutarsi prima del suo inizio.

- i) di valutare qualsiasi altro aspetto che consenta di accertare la capacità dell'avvocato di rappresentare correttamente ed adeguatamente gli interessi della classe;
- ii) di richiedere al potenziale *class counsel* di fornire ulteriori informazioni utili per la nomina;
- iii) di emettere eventuali ulteriori ordini reputati opportuni per raccogliere notizie in merito.

Un metodo creativo, che in alcune occasioni, è stato utilizzato per effettuare la nomina del legale, è l'asta giudiziaria.⁸⁴

Il procedimento inizia con la richiesta agli avvocati, intenzionati ad aggiudicarsi il patrocinio, ad avanzare delle offerte: verrà nominato *lead counsel* il soggetto che offre di assistere la classe al prezzo più basso. È un metodo di nomina molto criticato, poiché secondo molti compromette la qualità della difesa oltre che creare una vera e propria rottura tra avvocato e cliente. È giusto però riportare il dato empirico secondo cui nei processi ove si è utilizzato questo sistema, la qualità di difesa non ha subito pregiudizio e, anzi, il valore delle parcelle è rimasto molto al di sotto della media.

Sempre in tema di nomina del legale, non viene nemmeno esclusa la possibilità, qualora i fatti lo rendano necessario, dell'individuazione di un avvocato *ad interim* prima della certificazione. Tale disposizione mira evidentemente ad assicurare, anche per il periodo "*pre-certification period*", che il patrocinio della classe sia condotto nel miglior interesse della medesima.

Il legale che viene nominato deve svolgere il suo ruolo in maniera leale e soddisfacente; in caso contrario sono previste delle sanzioni che negli ordinamenti europei sono assolutamente sconosciute. La stampa americana ha riportato di recente la notizia della condanna di un avvocato di Los Angeles perché responsabile di aver organizzato varie *class actions* con intenti sostanzialmente ricattatori. La condanna risulta essere di due anni di detenzione, due di libertà vigilata, 1000 ore di attività destinata ai servizi sociali, più una sanzione pecuniaria di 250.000 dollari e l'obbligo di restituire la somma di 8 milioni di dollari allo Stato.

Il secondo potere è riconosciuto nella *subsection (h)* in cui si prevede che il giudice, sia nell'ipotesi di sentenza sia nell'ipotesi di *settlement*, determini il compenso del legale. Regola primaria che deve orientare la scelta della corte nell'approvazione dell'onorario è la ragionevolezza con cui si deve applicare la regola del *contingency fee*.

⁸⁴ Geoffrey P. Miller (2008), *Punti cardine in tema di class action negli USA*, fascicolo 1, p. 215.

Nel caso in cui ci sia la pronuncia di una sentenza, è la giuria che determina il *quantum* del risarcimento, lasciando invece al giudice il compito di individuare le spese legali da detrarre (da quantificare tra il 25 e il 35%, con possibilità di superare il 50% in caso di decisione positiva in sede di appello), nell'ipotesi di *settlement* è l'autorità giudiziaria che ha grande discrezione nell'andare ad approvare l'accordo e gli onorari degli avvocati (che si aggireranno sul 30-35%).

Proprio dall'applicazione della regola del *contingency fee* ci rendiamo conto che i soldi che girano intorno ad una azione collettiva sono tanti e di conseguenza gli interessi dei legali. È per questo che i grandi *law firm* cercano di "creare" una class action che sia il più conveniente alla realizzazione del massimo profitto: si preferisce agire davanti alle corti statali piuttosto che quelle federali (molto meno favorevoli a concedere la *certification*) e ricercare tra codeste quelle più *friendly*.

6. LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE E RUOLO DEL LEAD PLAINTIFF

"La legittimazione a promuovere l'azione collettiva non conosce, nel sistema statunitense, alcuna limitazione soggettiva. Qualsiasi individuo portatore di interessi omogenei può svolgere una azione collettiva nell'interesse della classe stessa."⁸⁵ È con questa dichiarazione fatta da Paola Lucantoni che si vuole iniziare questo importante capitolo.

L'affermazione porta a fare un'ulteriore considerazione, di carattere comparativistico con i sistemi europei in tema di azioni collettive: nel vecchio continente infatti vige la legittimazione ad agire solamente in capo ad associazioni che hanno la rappresentatività del proponente l'azione.

Nel sistema statunitense questa evenienza non è possibile poiché la classe deve essere rappresentata solamente da colui che impiegherebbe la stessa abilità, tenacia e vigore (*vigorous defense and prosecution*) di un membro rappresentato, situazione che di regola non si verifica nel caso in cui sia un'associazione a proporsi come *representative*.

Per completare l'esposizione bisogna comunque dire che non è da escludere la possibilità di andare a nominare in qualità di rappresentante un ente o associazione che, indipendentemente da crismi pubblici, sia effettivamente portatore di un interesse ad un esito positivo dell'azione, al pari di qualsiasi altro soggetto appartenente alla classe. Così

⁸⁵ Paola Lucantoni (2008), *Un ruolo trainante per gli studi legali*, Analisi giuridica dell'economia, fascicolo 1, p.85.

nel caso *World Com* è stato nominato *lead plaintiff* un ente preesistente al momento in cui si verificarono i fatti lesivi, un fondo pensionistico (*New York State Retirement Fund*).⁸⁶

Nello specifico possiamo affermare che il soggetto che può essere nominato rappresentante di classe necessariamente deve soddisfare determinati requisiti:

- i) appartenere alla classe,
- ii) deve farsi portatore degli interessi della classe,
- iii) prendere decisioni relative allo svolgimento del processo.

Da molti è stato affermato che il sistema della class action è basato su una finzione processuale, creata con il fine di mantenere anche in costanza di una moltitudine di parti lo stampo dell'azione individuale.

Il fine dell'ordinamento statunitense è proprio quello di non alterare lo schema di denuncia da parte dell'attore a discapito del convenuto che ha tenuto un comportamento illecito.

Il problema che si pone a questo punto della trattazione è di carattere economico.

Inverosimilmente, un soggetto, senza aver alcun tipo di vantaggio, decide di investire tempo e risorse per farsi titolare di una azione che possa tutelare altri individui. È molto più realistico affermare che un attore, nelle suindicate circostanze, decida di agire individualmente e, di converso, di non agire del tutto nel caso in cui l'interesse leso sia di lieve entità.

È proprio su questa considerazione di carattere economico che si gioca tutta la questione. Come abbiamo potuto constatare nel precedente capitolo, in base alla regola del *contingency fee*, l'unica soggetto che effettivamente ricava, in caso di vittoria, ingenti guadagni, è il *lead counsel*. È proprio per questo che gli avvocati sono incentivati ad investire grosse somme di denaro per valutare la possibilità di iniziare un'azione collettiva e ad assumere di fatto un ruolo di prim'ordine, sottraendolo di conseguenza al *lead plaintiff*. Il grande successo della class action statunitense si gioca proprio sul ruolo imprenditoriale dell'avvocato che incentiva l'instaurazione delle azioni collettive.

Per arginare gli abusi che inevitabilmente derivano da questi interessi economici che si creano intorno alla class action, il sistema statunitense ha individuato un vero e proprio obbligo in capo al giudice di nominare il rappresentante: non c'è quindi una scelta da parte dei partecipanti alla classe di colui che deve assumere il ruolo di rappresentante.

I criteri che devono orientare la scelta del giudice sono molteplici:

⁸⁶ Vincenzo Vigoriti (2008), *Class action e azione collettiva risarcitoria*. Contratto e impresa, fascicolo 3, p.739.

1) mancanza di conflitti di interesse. Si vuole in particolar modo evitare che soggetti mossi da interessi poco commendevoli, di mera speculazione commerciale o addirittura ricattatori possano porsi come rappresentanti della classe;

2) disponibilità economiche sufficienti per sostenere la lite che si dovrà affrontare;

3) effettiva determinazione nel coltivare l'azione.

Ulteriormente, il giudice può, prima che venga fatta la scelta, chiedere il rispetto di criteri aggiuntivi o lo svolgimento di altre attività.

Anche dopo l'investitura del *lead plaintiff*, qualsiasi tipo di contestazione dell'adeguatezza della nomina può essere rilevata d'ufficio o da qualsiasi assente interessato.

Questo è reso possibile a fronte della fondamentale importanza che ricopre il principio dell'*adequacy of representation* per il rispetto della norma costituzionalmente garantita del giusto processo (*due process*).

Il modello italiano, in linea con i sistemi europei, è fortemente differente.

I soggetti che possono agire in giudizio secondo il dettato dell'art. 140bis cod. cons. sono solamente associazioni, cui è conferito mandato da consumatori/utenti, e comitati di consumatori/utenti a cui il danneggiato partecipa.⁸⁷

Fin da subito si capisce che l'intento del legislatore italiano sia quello di limitare fortemente il numero di soggetti che possono agire in giudizio, distaccandosi notevolmente dal modello "aperto e diffuso" statunitense.

In base al vecchio testo dell'art. 140 bis introdotto dalla Legge Finanziaria del 2008, i soggetti legittimati ad agire erano solamente le associazioni dei consumatori iscritte nel registro tenuto dal Ministero delle Attività Produttive (ex art. 139 cod. cons.), nonché altri enti esponenziali, costituiti anche sotto forma di comitati, purché adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere. Questa disciplina è stata duramente criticata dalla dottrina a fronte del fatto che, non riconoscendo alcun tipo di impulso in capo al singolo consumatore danneggiato, gli enti esponenziali potevano ottenere risultati contro il professionista con azioni di tipo inibitorio, ma più difficilmente i risultati erano concreti quando dovevano essere fatti valere diritti risarcitori o restitutori. Il punto critico si basava su una legittimazione delle associazioni diretta ed autonoma ad agire in nome e per conto di una pluralità di soggetti non determinati né determinabili.⁸⁸

⁸⁷ Art. 140 bis cod. cons. comma 1, introdotto dalla legge 23 luglio 2009, n.99, art. 49.

⁸⁸ Francesco Tedioli (2009), *Class action all'italiana atto secondo: un cantiere ancora aperto*. Obbligazioni e contratti, fascicolo 12, p. 998.

Oggi invece la legittimazione passa sempre attraverso il singolo componente della classe, come *condicio sine qua non* per attivare l'iniziativa del singolo.

Proprio a fronte della necessaria legittimazione che deve essere conferita al promotore rappresentante, ma anche del potere di impulso che viene riconosciuto in capo ad ogni appartenente alla classe che, con la nuova formulazione dell'art. 140 bis, ciascun danneggiato può essere definito il "fuoco della circonferenza"⁸⁹.

Ciò ha comportato il potere di agire a qualsiasi associazione dei consumatori a cui viene conferito mandato e non solo, quindi, alle sedici associazioni elencate nella lista tenuta dal Ministero delle Attività Produttive.

Vi è poi la possibilità oggi giorno di agire per mezzo dei comitati a quali necessariamente il componente della classe deve partecipare. Sono degli enti esponenziali a formazione libera, costituiti ad hoc per organizzare una reazione giudiziale collettiva all'illecito perpetrato nei confronti dei singoli appartenenti. Questi enti, dei quali deve essere verificata l'idoneità in sede di decisione di ammissibilità, vengono costituiti dai consumatori, mai dagli avvocati, per tenere distante lo "spettro" statunitense fatto di numerosi abusi commessi da parte della classe legale.

In conclusione si può affermare che i soggetti dotati di legittimazione attiva non sono un sostituto processuale dei danneggiati, né agiscono in rappresentanza ex lege dei consumatori. Essi operano in virtù di una legittimazione straordinaria ad agire per conto di una pluralità di soggetti.

7. LE SECURITIES CLASS ACTIONS.

La disciplina che regola le *Securities Class Actions* è stata introdotta nel 1995 con la *Private Securities Litigation Reform Act* (PSLRA)⁹⁰ e successivamente riformata dal *Securities Litigation Uniform Standards Act* (SLUSA) del 1998 che hanno innovato decisamente la normativa del 1934 del *Securities Exchange Act*.

Queste norme sono state individuate per disciplinare un particolare settore di class action, ma hanno finito per influenzare le riforme del 2003 e del 2005 che sono destinate a regolamentare qualsiasi tipo di azione collettiva.

⁸⁹ Camilletti Francesco (2009), *Il nuovo art. 140 bis del codice del consumo e l'azione di classe*, Contratti fascicolo 12, p. 1179.

⁹⁰ È stata introdotta al termine di un iter procedimentale che vide opporsi l'attività di lobby dell'American Bar Association a quella delle corporations, nonché il veto dell'allora Presidente Clinton.

La necessità di scrivere una norma di tale calibro è partita dalle numerosi frodi finanziarie che negli ultimi anni si sono susseguite sia in ambito locale sia in ambito internazionale. La finalità è quella di aumentare la trasparenza nei mercati finanziari e di conseguenza, dare maggiore incentivo agli investimenti dei piccoli consumatori.⁹¹

Con il termine *securities class action* si vuole definire tutte quelle azioni che vengono fatte valere da soggetti lesi in costanza di particolari circostanze.

La fattispecie più comune è descritta nel paragrafo 10(b) del 1934 *Securities Exchange Act* e della correlata regola 10b-5 che descrive la “frode nel mercato”. La situazione si verifica nel caso concreto in cui sia avvenuto l’acquisto o la vendita di titoli nel mercato finanziario con meccanismi fraudolenti al fine di andare ad aggirare il controllo dell’Autorità competente. Queste evenienze si possono concretizzare nell’ipotesi in cui vari azionisti sono stati lesi da false dichiarazioni pronunciate consapevolmente dalla società per provocare effetti negativi sul prezzo dei titoli. Inoltre sono previste responsabilità civili anche in capo a coloro che hanno venduto titoli sulla base di informazioni inesatte.⁹²

La competenza per la risoluzione di queste tipologie di class actions è riconosciuta nella maggior parte dei casi in capo alle Corti Federali. Oltre a riconoscere una competenza federale in materia di *securities regulation*, la riforma del 1998 ha apportato una drastica contrazione alla competenza statale in questo ambito. Oggi la competenza federale si ha ogni qualvolta sussista un’azione che presenta, o possa presentare, la partecipazione alla classe di più di 50 attori che lamentino le medesime questioni di fatto o di diritto.

Questo tipo di class action si articola in varie fasi.

L’inizio dell’azione in materia di *securities regulation* si ha con la presentazione della domanda di risarcimento: fin tanto che non avvenga la pronuncia della certificazione con la quale si constati la presenza di tutti gli elementi della *Rule 23*, questa azione ha le caratteristiche di una normale azione individuale.

Al soggetto che per primo ha presentato un *claim*, viene riconosciuto l’obbligo di dare una sorta di pubblicità all’azione per permettere a tutti coloro che lo desiderino, di inoltrare la domanda per essere nominati rappresentanti di classe.

Dopo la presentazione della domanda, viene nominato da parte del giudice il *lead plaintiff*, al quale viene chiesto, come presupposto per l’assunzione dell’incarico, una dichiarazione

⁹¹ Elisabetta Bellini (2005), *Class actions e mercato finanziario: l’esperienza nordamericana*. Danno e responsabilità, fascicolo 8, p.817.

⁹² Elisabetta Bellini (2005), *Class actions e mercato finanziario: l’esperienza nordamericana*. Danno e responsabilità, fascicolo 8, p.817.

giurata con la quale ad esempio si ammetta di non aver assunto tale ruolo per più di tre volte negli ultimi 5 anni.

Difficilmente viene riconosciuta la possibilità in capo ad un avvocato che sia in possesso di azioni della società convenuta in giudizio di assumere il ruolo di *lead plaintiff* per evitare i cd. *professional plaintiff*. Non vige comunque una presunzione assoluta, deve essere valutato in concreto dal giudice l'eventuale conflitto di interessi. Ulteriormente si sottolinea la mancanza di un divieto di nomina di un soggetto straniero, infatti è molto facile che soprattutto in caso di *international securities litigation* il rappresentante di classe non sia statunitense.

Prima del 1995 non era prevista una procedura particolare da rispettare per l'individuazione di tale soggetto, però questo vuoto normativo comportò numerosi abusi. Di fatto il *lead plaintiff* era poco più che un prestanome degli studi legali che vedevano nella proposizione della class action una immensa forma di guadagno. Ora, grazie alla riforma, il giudice deve verificare ogni singola candidatura e, procedendo attraverso una valutazione comparativa, nominare il soggetto più idoneo ad assumere tale ruolo.

Vige una presunzione relativa che è stata valutata da parte del legislatore *ex ante*. Solamente in ambito di *securities class action* il giudice deve orientare la sua scelta sul soggetto che ha subito maggior danno, perché è colui che presumibilmente è in grado di soddisfare tutti i requisiti previsti dalla *Rule 23* (essenzialmente un professionista e non un piccolo risparmiatore).⁹³

Il *lead plaintiff* non è un vero e proprio rappresentante della classe, poiché non è avvenuta ancora la certificazione e siamo ancora all'interno della disciplina dell'azione individuale, ma ha comunque il compito di andare a curare la fase preliminare dell'azione.

Tra i compiti ai quali è preposto sussiste il dovere di andare ad eleggere il *lead counsel*, con l'approvazione della corte. Tendenzialmente non è consentito nominare legale colui che possiede delle azioni della società che viene convenuta in giudizio;

Dal momento della nomina viene posto in essere un vero e proprio controllo da parte del *lead plaintiff* nei confronti del legale.

Questa disciplina è stata individuata per circoscrivere gli abusi realizzati dagli avvocati.

In passato le corti tendevano a riconoscere il ruolo di *lead counsel* allo studio legale che per primo era riuscito a promuovere l'azione, ma questo innescava un meccanismo vizioso che portava ad una vera "*race to the court house*" in cui il rappresentante della classe

⁹³ Si ritiene che il soggetto più adatto sia quello che "*has the largest financial interest in the relief sought by the class*".

assumeva di fatto un ruolo di secondo piano, lasciando all'avvocato il compito di dirigere il processo.

La riforma non ha purtroppo portato i risultati sperati poiché gli studi legali, che in passato avevano un ruolo di prim'ordine nelle class action, sono gli stessi di oggi. Questo dato non significa che in qualche modo non siano state poste comunque delle basi per una sorta di limitazione all'ammontare degli onorari. Infatti è stata introdotta un'ulteriore norma dal PSLRA nel 1995 relativa ai compensi degli avvocati: è stato fissato un limite pari ad una ragionevole percentuale dei danni complessivamente risarciti dal convenuto.⁹⁴ Superata la prima fase di nomina del *lead plaintiff*, si arriva al momento in cui l'azione individuale può trasformarsi in un'azione collettiva solamente nel caso in cui sia dichiarata ammissibile dalla corte.

Affinché questa situazione si verifichi, il giudice deve valutare la sussistenza dei tradizionali requisiti minimi elencati nelle *Rule 23 (a)*.

Ci si vuole soffermare in questa occasione a sottolineare l'importanza del requisito dell'*adequacy*. Deve essere nominato class representative colui che "*will fairly and adequately protect the interests of the class*". Se, per quanto riguarda la nomina del *lead plaintiff* la valutazione che viene fatta dal giudice è solamente preliminare ed è finalizzata soltanto a superare le difficoltà che possono sorgere in fase di certificazione, nella nomina del vero e proprio rappresentante di classe, la valutazione è più approfondita.

Oltre ai requisiti minimi, per poter ottenere la certificazione è necessario ulteriormente dimostrare che l'azione rientri in una delle tipologie previste nella *Rule 23 (b)*.

Nella maggior parte dei casi si hanno azioni basate sul modello (3), quindi si rende necessaria la prova sia della *predominance* sia della *superiority*.

Se per l'attestazione del primo requisito non sussistono particolari problemi, per la verifica del secondo le difficoltà maggiori si hanno soprattutto in presenza di *international securities litigation*.

Il giudice può certificare la class action solamente nel caso in cui sia lo strumento più idoneo a garantire ristoro al danneggiato; nel caso in cui questo non fosse possibile la certificazione non può essere ammessa.

In sostanza: se la class action statunitense non viene riconosciuta da un ordinamento straniero, l'azione collettiva non può essere certificata come lo strumento più adeguato per

⁹⁴ Elisabetta Bellini (2005), *Class actions e mercato finanziario: l'esperienza nordamericana*. Danno e responsabilità, fascicolo 8, p.817.

la tutela dei danneggiati e quindi, a fronte della mancanza del presupposto *superiority*, l'azione non può trasformarsi in class action.

Nel momento in cui avviene la certificazione, le regole processuali sono identiche a qualsiasi altra class action relativa ad un altro ambito di tutela, salvo in materia di *discovery*.

Nel caso in cui il convenuto faccia istanza di abbandono della causa per mancanza di sufficienti prove, l'attività probatoria deve essere sospesa. Tutto ciò è stato previsto per scoraggiare l'inizio di azioni prive di idonei accertamenti. Inoltre i giudici devono valutare se i *petita* siano sufficientemente motivati, in caso contrario viene previsto l'abbandono della causa, oltre alla possibilità di condanna al pagamento di tutte le spese giudiziarie sostenute dalla controparte.

Tra le novità di rilievo della riforma del 1995 troviamo l'eliminazione del principio di solidarietà che legava tutti i convenuti. Oggi infatti, solamente nel caso in cui sussista tra tutti i soggetti passivi del giudizio un *knowing violation*, allora si può pronunciare una sentenza nella quale vengano condannati tutti i convenuti. Qualora questo requisito manchi, si applica la regola della proporzione (permettendo di conseguenza di andare a concludere *settlements* anche con uno solo dei convenuti).

Per di più, in tema di calcolo del danno sofferto e da risarcire sono state individuate nuove norme: la liquidazione non può superare la differenza tra il prezzo pagato e il prezzo medio del titolo nei novanta giorni antecedenti la scoperta del reato.

Come valutazione finale in tema di *securities class action* si può affermare che il nobile obiettivo delle riforme di andare ad ampliare l'autonomia degli attori a discapito dell'enorme potere in mano agli avvocati non è riuscito. Nonostante i buoni propositi, il controllo svolto da parte dei *lead plaintiff* è dubbio, vige un forte rischio di collusione tra studi legali e vertici degli investitori istituzionali e soprattutto i legali continuano ad assumere ruoli preponderanti all'interno dei processi.⁹⁵

8. L'ARBITRATO

Il sistema americano non esclude, ed anzi ammette, che le azioni giudiziarie possano essere devolute ad arbitri.

Grazie all'utilizzo di clausole compromissorie introdotte all'interno dei contratti, viene dichiarata l'esplicita possibilità di risolvere le eventuali controversie che sorgano tra i

⁹⁵ Paola Lucantoni (2008), *Un ruolo trainante per gli studi legali*, Analisi giuridica dell'economia, fascicolo 1, p.85.

contraenti, davanti ad un soggetto privato nominato dalle parti con il preciso obbligo di risolvere le controversie.

La questione che si vuole affrontare ora riguarda la possibilità di utilizzare questo strumento anche in ambito di class action.

La prima volta che si propose il problema fu in occasione di controversie individuali in materia di mutuo, nate da contratti che presentavano clausole compromissorie, azionate da mutuatari nell'interesse non solo loro, ma anche degli altri class members.⁹⁶ La pratica, oltre ad essere stata considerata lecita, poiché le clausole compromissorie non prevedevano un esplicito divieto di esercitare azioni collettive, fu oggetto successivamente di molte altre emulazioni.

Se oggi andiamo a studiare i contratti statunitensi che vengono stipulati per lo più tra società e consumatori, ci rendiamo conto di quanto sia diffusa la pratica di introdurre clausole compromissorie. Il motivo? L'arbitrato è considerato molto più economico, più semplice, e probabilmente più vicino agli interessi del consumatore. Così, secondo le società produttrici, questo non può che essere interpretato nel senso di un loro chiaro impegno ad aumentare la soddisfazione dei clienti.

Di contrario avviso sono invece gli avvocati dei consumatori che accusano le società di introdurre le clausole compromissorie per inibire l'inizio di class actions.

Se è vero che l'arbitrato a fronte di una pretesa individuale è più economico e più semplice rispetto all'ordinaria tutela giudiziaria, nell'ipotesi di class action l'arbitrato può (o potrebbe anche non) essere più economico e semplice di una causa individuale, esso è più costoso pro capite rispetto ad una azione collettiva. E dal momento molto spesso le pretese di ogni singolo attore in costanza di azione collettiva sono di piccolo valore, la logica conseguenza è un scarso utilizzo della procedura di risoluzione alternativa della controversia prevista dal contratto.⁹⁷

Gli avvocati dei consumatori aggiungono che, dall'analisi di numerose clausole compromissorie si prevede il divieto di far ricorso davanti all'arbitro in maniera collettiva, così che le società possano tutelarsi dal rischio di pagare risarcimenti vertiginosi. È ancora molto discussa la questione di legittimità di quest'ultimo tipo di clausole, la giurisprudenza è divisa in materia: a volte l'impugnazione viene accolta, altre volte rigettata.

⁹⁶ Vincenzo Vigoriti (2008), *Class action e azione collettiva risarcitoria*, Contratto e impresa, fascicolo 3, pp. 729-755.

⁹⁷ Geoffrey P. Miller (2008), *Punti cardine in tema di class action negli USA*, fascicolo 1, p. 221.

Un compromesso nella disputa consumatori/società è il *class-wide arbitration*: viene riconosciuta la possibilità in capo all'arbitro di risolvere le controversie relative all'intera classe. A fronte di questa prassi che pian piano sta prendendo piede negli Stati Uniti, grazie al riconoscimento di legittimità della Suprema Corte nel caso *Green Tree Financial Corp. v. Lynn W. Bazzle* (2003), si è convenuto che, in presenza di una clausola compromissoria (*class wide arbitration*), si debba preferire un arbitrato amministrato per la decisione delle class actions piuttosto che la nomina di un arbitro *ad hoc*.

A fronte di questo principio giurisprudenziale, non ci deve sorprendere l'interesse dell'*American Arbitration Association (AAA)* ad emanare regole per i cd. *class arbitrations*. Si devono creare regole procedurali comuni a tutti gli arbitri poiché si sta rilevando una tendenza sempre più prepotente ad andare di fronte a un arbitro piuttosto che a un giudice: in sede arbitrale è molto più facile l'accoglimento dell'azione collettiva e vi è una maggior facilità di trovare un compromesso.⁹⁸

9. I DANNI PUNITIVI

Una caratteristica del sistema americano che non è stata recepita dal nostro legislatore nell'art. 140bis sono i *punitive damages*.

Non è possibile infatti parlare di class action statunitense senza parlare di questo istituto, per la forte influenza che ha sul sistema dell'azione collettiva.

Primo motivo di interesse è relativo al legame che sussiste tra l'ammontare del risarcimento e gli onorari degli avvocati.

Come più volte si è sottolineato, uno dei motivi per i quali la class action ha successo oltreoceano è dato dal metodo con cui vengono individuati gli onorari degli avvocati. Basandosi appunto sulla regola *contingency fee*, i legali della classe acquistano i compensi in relazione all'ammontare del risarcimento: maggiore sarà il risarcimento, maggiore sarà di conseguenza il guadagno.⁹⁹ A fronte della notevole incidenza che la liquidazione dei danni punitivi ha sull'ammontare totale del risarcimento, si pone la prospettiva in capo ai finanziatori dei processi (gli studi legali) del conseguimento di grandi benefici come diretta conseguenza della pronuncia della sentenza.

Secondo motivo che porta a soffermarci nell'esposizione di che cosa siano i *punitive damages* è relativo alla loro importante influenza sulle scelte del convenuto durante il processo.

⁹⁸ Geoffrey P. Miller (2008), *Punti cardine in tema di class action negli USA*, fascicolo 1, p. 221.

⁹⁹ Si rimanda, per una più approfondita spiegazione, al capitolo *LEAD COUNSEL*.

Per la presenza massiccia dei danni punitivi all'interno dell'ammontare dei risarcimenti, l'eventualità di una condanna al pagamento di ingenti risarcimenti incide non poco sulla valutazione del convenuto circa la convenienza di addivenire ad un accordo. Le aziende statunitensi sono ben consapevoli delle ripercussioni negative che i danni punitivi possono avere nel sistema economico: forse è proprio per questo aspetto che il nostro legislatore è spaventato dall'idea di introdurre i danni punitivi nell'ordinamento italiano.

La Corte di Cassazione italiana ha confermato la linea tenuta dal nostro legislatore¹⁰⁰: sottolineando il contrasto con l'ordine pubblico, ha negato la condanna al pagamento di danni punitivi. La funzione del risarcimento previsto dall'ordinamento italiano è prettamente compensativa, di ristoro del patrimonio del soggetto leso, non può prevedere la possibilità in capo al danneggiato di guadagnare somme eccedenti rispetto al danno subito.

Pur affermando tutto ciò, è importante notare che nei disegni di legge¹⁰¹ della class action italiana era stata riconosciuta la necessità di introdurre i danni punitivi. Attraverso una formulazione non felice, la Camera dei Deputati tentò nell'art.12 di individuare i casi in cui fosse possibile liquidare danni punitivi: *“Su richiesta del promotore della classe, qualora il giudice verifichi che il vantaggio economico ottenuto dal convenuto, conseguente agli illeciti multi offensivi, è maggiore del risarcimento del danno quantificato ai sensi dell'art.1223 c.c. stabilisce un risarcimento a favore della classe pari al vantaggio economico derivante dagli illeciti multioffensivi accertati”*.¹⁰²

Analizziamo più da vicino i danni punitivi nel sistema statunitense.

Il giudice nel momento in cui pronuncia una sentenza di condanna, questa può svolgere una funzione non solo riparatoria e risarcitoria (*compensatory damages*), ma anche punitiva con finalità deterrente (*exemplary/punitive damages*).¹⁰³ Se viene constatato un comportamento socialmente e civilmente censurabile (dolo, colpa grave) il giudice può condannare il convenuto a pagare non solo il risarcimento in senso stretto ma anche i cd. danni punitivi.

I danni punitivi trovano le loro origini in Gran Bretagna verso la metà del 1700, quindi furono imitati dal sistema statunitense che incominciò ad utilizzarli verso la fine del

¹⁰⁰ Cass., sez. III, 19 gennaio 2007, n.118.

¹⁰¹ Vedi d.d.l. 21/6/2006, n.1443, http://www.classaction.it/pdf/ddl_capezzone.pdf

¹⁰² Consolo, Bona, Bozzelli (2008), *Obiettivo class action*, Milano, ed. Ipsoa.

¹⁰³ Loriani Renzi (2008), *Il modello statunitense di class action e l'azione collettiva risarcitoria*.

1700.¹⁰⁴ Originariamente, a fronte di un sistema economico non molto sviluppato, qualora si fosse constatato un comportamento particolarmente riprovevole da parte del convenuto, la corte aveva il potere di pronunciare una condanna al pagamento del risarcimento in senso stretto e dei danni punitivi, ma questi si sarebbero verificati una sola volta e le conseguenze riflesse all'interno della comunità.¹⁰⁵

Con il passare degli anni il sistema economico è fortemente cambiato, passando da una realtà locale a quella attuale decisamente globalizzata. Le conseguenze sono numerose e relative a molti ambiti.

L'aspetto che interessa sottolineare in questa sede è semplicemente uno: se in passato a fronte di un illecito i soggetti danneggiati non potevano che essere in numero esiguo, oggi una singola azione potrebbe comportare la lesione di un gran numero di individui. La conseguenza sta nel fatto che il danneggiante odierno può essere chiamato a rispondere più volte per uno stesso fatto¹⁰⁶ (*multiple punishment*), rischiando di dover pagare *punitive damages* in capo ad ogni danneggiato.¹⁰⁷

I risarcimenti che le società in passato dovevano affrontare a seguito dell'applicazione del *multiple punishment* erano astronomici, soprattutto perché veniva applicato il principio per cui i danni punitivi potevano essere liquidati anche in capo a vittime potenziali che non avevano partecipato al processo.

Questo principio fortunatamente è stato ritenuto incostituzionale dalla Corte Suprema con la decisione del caso *Phillip Morris v. Williams*. In primo grado la Corte dell'Oregon aveva condannato la Phillip Morris al pagamento di 821 mila dollari a titolo compensativo e ben 79,5 miliardi di dollari per danni punitivi a favore della vedova Williams che aveva agito per chiedere il risarcimento dei danni derivanti dalla morte, per tumore ai polmoni, del marito causata dal consumo delle sigarette prodotte da questa società. Phillip Morris decise di impugnare la causa, affermando che la somma di denaro era iniqua: il criterio utilizzato per quantificare il risarcimento era incostituzionale.

¹⁰⁴ Lydia Ferrarese (2008), *Le norme statunitensi sulle azioni collettive: analisi comparativa con la normativa italiana e spunti di riflessione*. La responsabilità civile, fascicolo 8-9, p.746.

¹⁰⁵ Francesca Benatti (2008), *Danni punitive e class action nel diritto nordamericano*, Analisi giuridica dell'economia, fascicolo 1, p.232.

¹⁰⁶ Seltzer (1983), *Punitive damages in mass tort litigation: addressing the problems of fairness, efficiency and control*. Ford. L. Rev., 52, p.37.

¹⁰⁷ Ausness (1985), *Retribution and deterrence: the role of productive damages in products liability litigation*, Ky. L. J., 74, p.1.

La Corte suprema nel 2007 accolse l'impugnazione, affermando che la quantificazione dei danni punitivi attraverso la moltiplicazione del singolo risarcimento per il numero delle possibili vittime, rimaste comunque estranee al processo, era in contrasto con il principio del *due process* espresso dal XIV emendamento.

Pur cercando di limitare l'entità economica dei danni punitivi attraverso questa recente pronuncia giurisprudenziale, le liquidazioni di danni punitivi in ambito di *mass tort litigation* rimangono ancora eccessive.

Fino al 1976 l'ammontare dei danni punitivi non risultava superiore ai \$ 250,000, ora le condanne risultano molto più severe, anche di svariati miliardi di dollari.

Esempio tipico è il caso *Engle v. RJ Reynolds*.¹⁰⁸ Una classe di fumatori della Florida era riuscita a far condannare in primo grado la società produttrice di tabacco al pagamento di \$145 miliardi di dollari per danni punitivi, una cifra che è senza precedenti nella giurisprudenza statunitense. In concreto il pagamento però non avvenne grazie ad una successiva impugnazione che portò alla decertificazione della classe.

Queste cifre da capogiro inducono ancor'oggi a soffermare l'analisi su due problemi:

- 1) la natura "quasi penale" dei danni punitivi porta giustamente a concludere che la liquidazione dovrebbe essere inflitta ogni volta che venga commesso un illecito. Se i *punitive damages* vengono liquidati tante volte quanti sono i danneggiati, non tenendo conto che la condotta illecita è unitaria, questo deve essere considerato iniquo nei confronti del danneggiante;
- 2) l'allocatione dei *punitive damages* molto spesso va a violare le norme di uguaglianza. Come Francesca Benatti afferma "si tratta di un sistema "all or nothing"¹⁰⁹, un sistema in cui spesso il primo attore ha la possibilità di soddisfarsi in maniera elevata, impedendo agli altri danneggiati la possibilità di conseguire anche il semplice risarcimento compensativo.

La soluzione ai *multiple punishments* che ha riscosso maggior successo è stata proposta da Morris nel 1931.¹¹⁰

Il giurista propone di arginare le conseguenze derivanti dall'applicazione dei danni punitivi soprattutto nei casi di *mass tort litigation*, attraverso l'utilizzo delle azioni collettive: *punitive damages class actions*.

¹⁰⁸ *Engle v. RJ Reynolds Tobacco*, No. 94-08273 CA – 22, 2000 WL 33534572 (Fla. Cir. Ct. Nov.6.2000)

¹⁰⁹ Francesca Benatti (2008), *Danni punitivi e class action nel diritto nordamericano*, Analisi giuridica dell'economia, fascicolo 1, p.232.

¹¹⁰ Morris (1931), *Punitive damages in tort cases*, Harvard law review, 44, p.1173.

Il procedimento consta di una prima fase in occasione della quale deve essere accertato il risarcimento di carattere compensativo, quindi di un giudizio di carattere collettivo ove vengano affrontate in maniera unitaria le liquidazioni dei danni punitivi. L'aspetto positivo di questa soluzione è la possibilità di evitare l'*overkill*, garantendo allo stesso tempo una equa allocazione dei risarcimenti in capo ai danneggiati.

Dello stesso avviso anche la giurisprudenza nel caso: *Roginsky v. Richardson Merrel Inc.* Il giudice Friendly, ben consapevole dei rischi che comportano i *multiple claims*, ammise di essere favorevole ad una determinazione dei danni punitivi in un unico processo.

Per applicare questa tesi, poiché si sta parlando di azioni collettive, bisogna rifarsi alle norme individuate nella *Rule 23* della *Federal Rule of Civil Procedure*, richiedendo quindi per prima cosa l'accertamento dei requisiti minimi individuati nella *section (a)*: *numerosy, typicality, commonality e adequacy of representation*.

È bene sottolineare, per completezza dell'esposizione, come lo strumento delle azioni collettive, non sia stato utilizzato frequentemente per la determinazione dei danni punitivi. La ragione principale è stata la difficoltà da parte delle corti di andare a certificare l'elemento della *commonality* nei *mass tort litigation*, soprattutto quando il diritto da tutelare sia la salute (esempio: nelle *tobacco litigation* il danno dipende da quanto una persona fuma, dalle sue condizioni di salute, dai tentativi di smettere,...).

Una volta valutata positivamente la presenza dei requisiti della *Rule 23 (a)*, la class action deve poi essere fatta rientrare in una delle tipologie individuate nella *Rule 23 (b)*, in particolar modo: *Rule 23 (b)(1)(B)* e *Rule 23 (b)(3)*.

Nel primo caso l'ipotesi è quella di litisconsorzio necessario, di *mandatory class action* ove il potere di autoesclusione non può essere esercitato.

Per soddisfare i requisiti della *Rule 23 (b)(1)(B)*, le corti, nel certificare una *punitive damages class action*, hanno richiamato il concetto di "limited fund", interpretandolo in due maniere diverse¹¹¹: "limited fund theory" e "limited generosity fund theory".

Senza volersi dilungare troppo nella spiegazione delle due teorie, vogliamo solo concludere dicendo che la possibilità di richiedere una *punitive damages class action* si basa sulla prima teoria.¹¹² La Corte Suprema Federale nel caso *Ortiz v. Fireboard* ha infatti affermato che si può agire con una class action per il ristoro dei danni punitivi solo

¹¹¹ Note (1983), *Class actions for punitive damages*, Michigan law review, 81, p. 1787.

¹¹² Vogliamo comunque ricordare che la seconda teoria è stata applicata nel caso *Exxon Valdez* che ha portato la corte del primo grado a liquidare 5 miliardi di dollari per danni punitivi che sono poi stati dimezzati in sede di appello.

se venga dimostrato che l'ammontare del patrimonio non è sufficiente per il risarcimento di tutti i danneggiati e che questo potrebbe comportare pregiudizi nei confronti degli attori che chiedano il ristoro dopo che già numerosi soggetti hanno agito.

Nel caso di class action (b)(3) siamo in presenza di una *opt out* class action. Il sistema è svantaggioso in materia di danni punitivi poiché l'esercizio dell'autoesclusione andrebbe a vanificare la finalità della azione collettiva di garantire l'unitarietà di procedimento per la liquidazione dei *punitive damages*. Per contenere questo rischio, parte della dottrina ha proposto di impedire ai soggetti che hanno esercitato l'*opt out* di agire individualmente per chiedere il ristoro dei danni punitivi, ma questa teoria è da condannare poiché non tiene in considerazione la profonda differenza che sussiste tra questo sistema e quello che prevede il *mandatory class action*.

Possiamo concludere dicendo che l'applicazione della *Rule 23 (b)(3)* in tema di danni punitivi è contestata dalla maggioranza della dottrina, salvo il caso in cui non si sia raggiunto il *settlement*.¹¹³

10. LA CASISTICA

Negli Stati Uniti, come più volte si è affermato, l'utilizzo del sistema della class action è assolutamente abituale. Si vuole riportare comunque qui di seguito tutte una serie di esempi di class action che per vari motivi sono degni di nota.

Le class actions negli Stati Uniti sono state utilizzate spesso nel settore della *tobacco litigation*. Dopo tutta una serie di insuccessi di azioni individuali promosse da soggetti danneggiati dal fumo o dai loro eredi, dagli anni '80 si incominciò a esperire le class actions per chiedere i risarcimenti delle cure mediche che si erano dovute sopportare a causa del fumo.

Il primo caso di certificazione di una class action in materia avvenne nel 1995 (*Castano v. Americano Tobacco Co.*), ma poi fu decertificata dal Fifth Circuit poiché venne ritenuta un "immature tort".¹¹⁴

I successivi tentativi di instaurare una class action in materia di *tobacco litigation*, furono tendenzialmente respinti dalle Corti Federali, asserendo che mancasse in materia di danni alla salute il requisito della *commonality*: fu molto difficile per le corti statunitensi

¹¹³ Rosenberg (2002), *Decoupling deterrence and compensation functions, in mass tort class actions for future loss*, Va. L. Rev., 8, p.1871.

¹¹⁴ Weber (1999), *Thanks for not Suing: The prospects for State Court Class Action litigation over Tobacco Injuries*, in "Ga.L.Rev.", 33, p.979.

riconoscere che in materia di diritto alla salute si potesse utilizzare come strumento di tutela la class action a fronte della forte prevalenza delle problematiche individuali sull'interesse collettivo.

Pur con ritardo, finalmente si è riusciti a riconoscere anche nella tutela della salute la possibilità di utilizzare le class actions: famosa fu la sentenza che condannava al pagamento di 140 miliardi di dollari la Philip Morris e altre quattro aziende in materia di *tobacco litigation*.

Nel settore automobilistico, la General Motors fu costretta a ritirare dal mercato numerosi esemplari di Chevrolet, poiché, la sentenza che venne pronunciata a seguito di una class action, sottolineò l'insicurezza dei pneumatici e del sistema di lubrificazione. Anche la Ford e la Firestone sono state costrette a pagare nel 2001 circa 300 milioni di dollari per aver installato dei pneumatici difettosi sui fuori strada Explorer, che tendevano a sbandare ad alta velocità.

Una class action, divenuta molto famosa grazie all'interpretazione cinematografica di Julia Roberts nel film Erin Brockovich, fu quella intentata dagli abitanti di Hinkley (California) contro la Pacific Gas and Electric Company per l'inquinamento delle acque.

Da ultimo vogliamo ricordare la class action che si è chiusa dopo anni di processo contro Visa e Mastercard. Le aziende hanno accettato di pagare 3 miliardi di dollari in dieci anni a 5 milioni di dettaglianti che denunciavano l'abuso di posizione dominante posta in essere dalle medesime.¹¹⁵

¹¹⁵ Loriani Renzi (2008), *Il modello statunitense di class action e l'azione collettiva risarcitoria*. Responsabilità civile e previdenza, fascicolo 5, p.1213.