

Class action e meccanismi di tutela collettiva

Le prospettive di sviluppo
e le sfide della dimensione digitale

a cura di

Alessandro Palmieri
Francesca Altamura



Giappichelli

Class action
e meccanismi di tutela collettiva

Le prospettive di sviluppo e le sfide della dimensione digitale



Class action **e meccanismi** **di tutela collettiva**

Le prospettive di sviluppo
e le sfide della dimensione digitale

a cura di

Alessandro Palmieri
Francesca Altamura



Giappichelli

© Copyright 2023 – G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-2939-7

ISBN/EAN 979-12-211-7993-4 (ebook - pdf)

The European Commission's support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents, which reflect the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.



With the support of the
Erasmus+ Programme
of the European Union

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Siena.



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

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

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

Introduzione

Alessandro Palmieri

pag.

XI

Azione rappresentativa europea e società digitale. Un'analisi comparativa

Gabriella Mazzei

1. Società digitale, nuove asimmetrie di potere e tutela collettiva	1
2. Il modello statunitense della <i>class action</i>	3
3. Il modello europeo dell'azione rappresentativa a confronto con la <i>class action</i> statunitense e l'azione di classe italiana	7
3.1. L'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione	9
3.2. Il meccanismo di adesione all'azione collettiva risarcitoria	12
3.3. L'istruzione probatoria e il problema della trasparenza algoritmica nei processi decisionali automatizzati	16
3.4. Gli incentivi economici	19
3.5. La legittimazione ad agire	22
4. Considerazioni conclusive	24

A proposito di *In Re: Facebook, Inc., Consumer Privacy User Profile Litigation.* La tutela (collettiva) della privacy degli utenti di un social network

Alessandro Palmieri

1. La fine dell'età dell'innocenza per i social network	27
2. L'esigenza di una reale sinergia tra <i>public</i> e <i>private enforcement</i> , quest'ultimo nella sua dimensione metaindividuale	32

	<i>pag.</i>
3. La tutela collettiva legata allo scandalo Cambridge Analytica nell'esperienza statunitense: a) le molteplici azioni di classe unificate sotto l'egida della <i>Multidistrict Litigation</i> e le relative schermaglie preliminari	36
4. (<i>Segue</i>): b) Verso una soluzione transattiva che mette le basi per concedere un ristoro a tutti i danneggiati	40

Perché la (azione di) classe non sia acqua

Paolo Pardolesi

1. Profili introduttivi	45
2. L'evoluzione della <i>class action</i> nordamericana	46
2.1. Le sue principali peculiarità strutturali	51
3. La tutela collettiva in Italia: dai primi passi ...	56
3.1. (<i>Segue</i>): ... ai principali profili di originalità ascrivibili all'azione di classe di nuovo conio	59
4. Considerazioni conclusive	62

Class action/collective redress. Ratio e prospettive comparatistiche di uno strumento giuridico ormai internazionale

Gianluca Scarchillo

1. Premessa, anche terminologica	65
2. Origini, <i>ratio</i> e peculiarità di uno strumento giuridico in continua evoluzione	69
3. La tutela aggregata di interessi superindividuali omogenei e le spinte dell'Unione Europea	74
4. Una proposta di Convenzione tra Stati-attori di un mercato globale	80
5. Nuove prospettive tra solidarietà, sussidiarietà e <i>privacy</i>	81
6. Considerazioni conclusive	92

Trattamenti illeciti dei dati personali e tutele collettive dei consumatori

Giuseppe Versaci

1. Le ragioni teoriche e pratiche del concorso disciplinare tra protezione dei dati personali e tutela dei consumatori	95
--	----

	<i>pag.</i>
2. Il trattamento dei dati personali nel diritto consumeristico: fattispecie autonoma o già qualificata dalla <i>data protection</i> ?	98
3. Il coordinamento delle tutele collettive in caso di trattamenti illeciti dei dati personali: il caso <i>Meta Platforms Ireland (C-319/20)</i>	102
4. (<i>Segue</i>): il problema della tutela collettiva risarcitoria	106
5. Considerazioni conclusive	110

Appendice

Italia

Azione di classe – Codice di procedura civile (artt. 840- <i>bis</i> ss.)	115
Azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori – Codice del consumo (artt. 140- <i>ter</i> ss.)	127
Azione inibitoria in materia di clausole abusive – Codice del consumo (art. 37)	144

Stati Uniti

Class actions – Federal Rules of Civil Procedure	145
--	-----

Brasile

Ação popular – Lei n° 4.717, de 29 de Junho de 1965	151
Ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e outras providências – Lei n° 7.347, de 24 de Julho de 1985	159

Francia

Action de groupe – Code de la Consommation	165
--	-----

Spagna

Acción colectiva – Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil	171
--	-----

Portogallo

Direito de participação procedimental e de acção popular – Lei n° 83/95	175
---	-----

Canada

Class proceedings – Federal Courts Rules	183
--	-----

Class action/collective redress. Ratio e prospettive comparatistiche di uno strumento giuridico ormai internazionale^{*}

Gianluca Scarchillo

Sommario: 1. Premessa, anche terminologica. – 2. Origini, *ratio* e peculiarità di uno strumento giuridico in continua evoluzione. – 3. La tutela aggregata di interessi superindividuali omogenei e le spinte dell’Unione Europea. – 4. Una proposta di Convenzione tra Stati-attori di un mercato globale. – 5. Nuove prospettive tra solidarietà, sussidiarietà e *privacy*. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa, anche terminologica

«Il mondo è grande ed è bello, ma è molto offeso. Ognuno soffre per sé stesso, ma nessuno soffre per il mondo che è offeso e così, il mondo continua ad essere offeso», riepilogava amaramente l’uomo Ezechiele nel capitolo XXXV di *Conversazione in Sicilia* di Elio Vittorini.

Il nostro tempo, non può farsene un mistero, è ancora caratterizzato da un forte individualismo egoistico, il quale innerva tutti i gangli del sistema diritto, e, quindi, anche i comportamenti degli operatori giuridici.

Gli schemi giuridici, entro i quali si è sviluppata la tradizione giuridica occidentale dalla rivoluzione liberale in poi, hanno individuato quale fulcro lo schema proprietario, che – per definizione – contempla la titolarità di un diritto in capo al singolo soggetto di diritto. Va da sé che anche l’esperienza dell’attuazione in sede processuale del diritto ha ripreso questi tratti peculiari, attribuendo al «giudizio» il ruolo di garantire al singolo l’accesso alla giustizia

^{*} Intervento svolto in occasione della *Final Conference dell’European Legal Strategies for payment systems in the Open Banking Age (ELSOBA)*, organizzata dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Siena e tenutasi a Siena-Certosa di Pontignano nei giorni 12-15 ottobre 2022. Il testo della relazione è stato integrato ed arricchito da alcuni richiami in nota.

per far valere pretese di natura eminentemente individuale: “io contro te”, a mo’ di antico duello!

Da qui due corollari, tra loro intimamente collegati: l’espreso divieto di far valere diritti altrui e la previsione di ipotesi del tutto eccezionali, ove ciò sia possibile.

Attualmente, poi, il diritto dell’economia si innesta nelle tradizioni giuridiche e ne stravolge sempre di più i contenuti. Assistiamo sempre di più alla perdita di individualità del soggetto di diritto a fronte delle esigenze del mercato e degli invisibili interlocutori che ne fanno parte: siamo tutti consumatori (di qualcosa).

Ancora, la globalizzazione, la nascita di questo villaggio globale, facilitato sempre più dall’avvento delle nuove tecnologie e dal flusso continuo di nuovi ritrovati nel settore delle telecomunicazioni, ha comportato l’abbattimento di qualsiasi barriera con la conseguente riduzione di tempo e semplificazione delle modalità d’azione sul mercato dei soggetti che ne fanno parte, sempre più parti attive della contrattazione in ogni sua fase.

È evidente che l’attuale scenario in cui si calano relazioni, scambi e consumo appare caratterizzato da nuove prospettive se si pensa che *«mai nella storia dell’umanità un numero così elevato di individui è stato in grado di conoscere prodotti, idee e vite di tante altre persone»*¹.

Tutto ciò ha costretto ad un ripensamento della sistematica contrattuale elaborata su di un modello sostanzialmente paritario ... che non corrisponde più alla realtà. È facile notare, infatti, come sempre più spesso la libertà dei singoli è limitata alla sola scelta di aderire o meno ad un rapporto preconfezionato dalla controparte; osservazione che assume un sapore drammatico quando il consumatore accede al mercato di beni e servizi per soddisfare esigenze di primaria necessità: trasporti, energia elettrica, acqua, e così via.

La rapidità delle relazioni economiche, unitamente alla standardizzazione dei modelli contrattuali ha imposto al consumatore una posizione di debolezza strutturale nei confronti delle grandi aziende, le quali sono sempre più in grado di proporre ed imporre comportamenti ed esigenze che trovano soddisfazione unicamente previa la tacita accettazione di modelli dalle stesse aziende predisposti.

Ecco allora che pratiche commerciali scorrette, prodotti difettosi o nocivi, oneri contrattuali ingiustificati hanno avuto ricadute sul benessere del consumatore, che il più delle volte rimane privo di strumenti di difesa o enormemente indebolito dai costi e dai tempi di un giusto processo cui avrebbe diritto. Il lungo contenzioso giudiziario relativo al “caso Dieselgate” ed il suo recentissimo epilogo, anche in Italia ed Europa, è testimonianza diretta sia del

¹ T.L. FRIEDMAN, *Le radici del futuro. La sfida fra Lexus e l’ulivo: che cos’è la globalizzazione quanto conta la tradizione*, Milano, 2000, p. 78.

contesto ora descritto sia della necessità e dell'efficacia dei mezzi di tutela giurisdizionale collettiva.

Tale tipologia di sviluppo, fondato prettamente sui consumi, ha avuto bisogno di un quadro giuridico nuovo tale da non limitare la crescita economica, ma di indirizzarla nel senso della sostenibilità e della non contrarietà ai principi sociali fondamentali.

Ci si è arresi, insomma, alla inadeguatezza dei meccanismi di tutela precedentemente elaborati auspicando la ricerca di nuovi equilibri della differente forza contrattuale, che caratterizzano i rapporti cc.dd. *B2C (Business to Consumer)*, tanto nella fase genetica quanto in quella patologica-estintiva e, quindi, processuale.

Tra gli strumenti giuridici che storicamente hanno rappresentato uno dei modi di ripristinare se non realizzare tale equilibrio delle posizioni sostanziali vi è sicuramente la tutela in forma aggregata di interessi superindividuali omogenei, spesso genericamente ed impropriamente sintetizzata con l'endiadi statunitense «*Class Action*».

Sono necessarie, pertanto, sin da ora alcune precisazioni terminologiche affinché il campo d'analisi sia sgombro da equivoci.

Con il termine «*class action*», ci si riferisce esclusivamente alla tutela degli interessi superindividuali omogenei così come elaborata e sviluppatasi nel sistema nordamericano. La scelta terminologica in questo senso è tributaria delle forti peculiarità, talvolta vere e proprie unicità, che connotano tale strumento, in virtù del quale uno o più individui possono iniziare un'azione legale per conto proprio e, allo stesso tempo, chiedere che la causa sia condotta *on behalf* di tutti i membri, quali soggetti danneggiati in un medesimo diritto dal comportamento di un terzo. Lo stesso sistema caratterizza Australia, Canada ed Israele, che hanno preso spunto proprio dal modello statunitense.

Al contrario, il sintagma «*tutela aggregata di interessi*» rappresenta una macrocategoria, all'interno della quale sono presenti sottocategorie tra loro anche molto eterogenee, accomunate evidentemente dalla super individualità degli interessi. Ancora, abbiamo la «*group action*», quale meccanismo processuale applicato in Inghilterra che consente al giudice di trattare congiuntamente controversie che presentino la medesimezza di questioni di fatto e di diritto, così da realizzare una concentrazione delle domande, rispondente a esigenze anche di economia processuale; le «*azioni collettive*», ossia azioni promosse da associazioni rappresentative di consumatori o utenti (cc.dd. enti esponenziali), che agiscono quali "centri di imputazione", come avviene, oltre che in Europa, anche in Brasile, Argentina e Taiwan; la «*multi-party litigation*», poi, evidenzia una terminologia ad uso irlandese, ma il cui obiettivo non è dissimile, in quanto attraverso la proposizione di questa un individuo, oltre ad agire per interessi propri, promuove l'azione anche nell'interesse di tutti coloro che si trovano

nella medesima situazione dalla quale scaturisce la pretesa risarcitoria. Il singolo così reagisce, seppur solo in situazioni patologiche, alla propria debolezza.

Infine, volendo rimarcare la distanza dalla terminologia statunitense, l'Unione Europea ha sempre prediletto riferirsi al tema della tutela aggregata di interessi superindividuali omogenei con l'endiadi «*collective redresses*», con ciò intendendosi sottolineare, in particolare, una differenza strutturale con l'esperienza madre, ossia gli strumenti collettivi nello spazio giuridico europeo devono essere connotati, esprimendosi in termini di ricorso appunto, dal sistema dell'adesione (c.d. *opt-in*).

È ovvio che, a prescindere dall'importanza della forma linguistica, l'occhio del comparatista non può che rivolgere peculiare attenzione a fattori ed elementi contingenti e specifici del contesto giuridico, economico e sociale di ogni ordinamento. Si pensi, ad esempio, all'impatto che la creazione di artificiali incentivi alla litigiosità nei confronti di imprese ed intermediari finanziari potrebbe avere sulla comunità ovvero ai riflessi che la maggiore o minore flessibilità degli ordinamenti in termini di allocazione e quantificazione dei costi e di pattuizioni in materia di esito della controversia possono avere sul ricorso a tali strumenti processuali. E ciò, in considerazione della pluralità di elementi che devono essere analizzati, nel raffronto di questi diversi modelli processuali, al fine di meglio comprendere e misurare non solo le divergenze e convergenze degli ultimi, ma anche l'adattabilità ad altre esperienze e realtà nazionali.

L'analisi comparatistica evidenzia come forme di tutela aggregata siano state realizzate principalmente per raggiungere obiettivi di protezione del consumatore nonostante da tempo anche nello spazio giuridico europeo sia maturata la consapevolezza di come tali strumenti, variamente assimilati alla *class action* statunitense, possono dare buona prova anche oltre il settore consumeristico.

È manifesto a tutti, d'altronde, che la tradizione giuridica occidentale si sia sempre mostrata refrattaria nei confronti di strumenti che andassero a minare la bilateralità del processo, guardandoli con sospetto e considerandoli ipotesi meramente eccezionali. L'Irlanda costituisce un esempio lampante di come tale atteggiamento di ritrosia ha costretto molte esperienze europee a posizioni di retroguardia, se non di vera e propria arretratezza giuridica, nell'adeguamento ai fenomeni e all'evoluzione della società civile².

² Storicamente, peraltro, emerge come tale rifiuto abbia in sé i germi del paradosso: difatti, il problema di garantire una tutela ad una massa più o meno determinata aveva trovato parzialmente risposta già nell'antico diritto romano con la c.d. «*actio popularis*» (D. 47, 23, 1: «*Eam popularem actionem dicimus quae suum ius populi tuetur*»), concessa *civis et populo* in difesa tanto delle *res sacrae* quanto delle *res publicae*. Non può non rinvenirsi, allora, in tale azione

Rebus sic stantibus, è evidente l'importanza e l'urgenza di una nuova identità del giurista. Si assiste, invero, ad un superamento dei confini che interessa più settori della realtà sociale e ciò produce, inevitabilmente, degli effetti anche sul piano giuridico. In tale contesto globale, il giurista è chiamato a svolgere un ruolo sempre più attivo, a guidare il diritto di modo che possa divenire pienamente uno strumento capace di trovare risposte ai nuovi bisogni di una società in continua trasformazione.

Il diritto ha, diversamente da ogni altro settore delle scienze sociali, un carattere spiccatamente nazionale, connaturato alla sua vigenza territorialmente circoscritta. Si impongono, pertanto, esigenze di rinnovamento della cultura giuridica. La figura del giurista europeo, lungi dal dar vita ad un'ennesima forma di specializzazione settoriale o curriculare, deve costituire una modalità culturale, un'inclinazione mentale, una propensione al dialogo, una forma di sensibilità, un'esigenza di ricerca.

Ma non basta, e occorre andare oltre, perché l'edificazione dell'ordine europeo, da un lato, e la globalizzazione dei mercati, dall'altro, lasciano intravedere un nuovo rischio, di straordinaria attualità, quale «la strumentalizzazione della dimensione giuridica al soddisfacimento di interessi economici», su cui ci ammoniva Paolo Grossi.

Queste sono le vere sfide che il diritto ed i giuristi si trovano oggi ad affrontare e che debbono essere raccolte se non si vuole essere estromessi dal gioco mondiale.

2. Origini, ratio e peculiarità di uno strumento giuridico in continua evoluzione

La figura antesignana della *class action* statunitense è rinvenibile nella c.d. *representative suit* inglese, nel passaggio storico dalle Corti feudali locali ad un sistema di giustizia di *equity*, proprio della *common law* inglese. Le Corti di *equity*, infatti, si dimostrarono fin da subito più aperte a fenomeni di litisconsorzio necessario. In origine, le “azioni rappresentative” inglesi venivano impiegate per convenire in giudizio i soggetti più facoltosi di una determinata comunità contadina, al fine di ottenere il pagamento delle tasse sulla produzione per tutti gli appartenenti alla classe assenti nei confronti dei quali si estendevano gli effetti del giudicato tra i primi, ossia l'accertamento della debenza ivi contenuto.

L'instaurazione di un'azione in litisconsorzio era il titolo fondante la giuri-

una prima embrionale forma di coordinamento della promozione di valori superindividuali con l'iniziativa processuale privata.

sdizione in *equity*. Dunque, operativamente: al creditore era riconosciuta la facoltà di agire unicamente nei confronti di alcuni soggetti gravati dall'imposta, i più facoltosi, i più capienti, per l'intera somma dovuta dalla classe. Così facendo i creditori potevano essere soddisfatti per l'intero più agevolmente, salvo il diritto di regresso dei convenuti condannati verso gli altri membri del gruppo.

In altri termini, i convenuti erano considerati responsabili in solido con gli altri componenti della classe, anche laddove quest'ultimi non fossero evocati in giudizio. Così configurata tale azione, la presenza fisica in giudizio di tutti i soggetti appartenenti alla classe non era necessaria perché la pronuncia era comunque ritenuta idonea a produrre effetti sul loro patrimonio. Ovviamente, ciò non significa che non era tenuta in debito conto la necessità del contraddittorio, ma che al contrario i giudici tendevano a rigettare le eccezioni di improcedibilità della domanda per incompletezza del contraddittorio, allorquando le parti assenti dovevano considerarsi adeguatamente rappresentate dai soggetti presenti nel processo.

La prima sentenza, nella storiografia giudiziaria in materia di *class action*, con la quale si è esteso il giudicato, anche sfavorevole, ai membri assenti ma adeguatamente rappresentati è quella relativa al caso *Brown v. Vermuden* del 1676. Con tale decisione emersero le problematiche relative ad un'applicazione pedissequa della regola processuale chiamata «*necessary party rule*», in base alla quale ogni persona interessata all'oggetto di una determinata controversia dovesse essere presente in giudizio. Si comprende bene che ciò comporta lungaggini processuali e stalli conseguenti in caso di contenzioso con elevato numero di soggetti coinvolti. Di qui la decisione di superare la *necessary party rule*, in caso di accertata impossibilità di convenire in giudizio tutti gli interessati, giungendo ad una sentenza vincolante anche per gli assenti, purché appunto adeguatamente rappresentati.

Il primo tentativo organico di predisporre una disciplina omnicomprensiva sulla *class action* è stato realizzato nella tradizione nordamericana con l'introduzione della «Rule 23», figlia della *Moore Rule* del 1938 e della successiva riforma del 1966.

Ratio e spirito generale della legislazione americana sul tema è quello di facilitare l'accesso alla giustizia, con un duplice scopo: a) agevolare la trattazione di controversie, le quali, ove proposte individualmente, sarebbero di scarsa rilevanza economica; b) ottenere l'estensione del giudicato, un'estensione massima possibile del giudicato contenuto nelle statuizioni giudiziarie rese all'esito di una *class action*. Il tutto salvaguardando l'economia processuale, il contenimento delle spese, l'uniformità delle decisioni.

A presidio del raggiungimento di tali obiettivi sono stati posti due requisiti di carattere procedurale: la prevalenza e la superiorità.

La prima, attiene alle questioni di diritto o di fatto comuni, che devono es-

sere prevalenti su quelli individuali: si ritiene presente tutte le volte in cui senza una *class action* si presenterebbe il rischio di una moltitudine di controversie individuali di irrisorio valore economico, con conseguente polverizzazione dell'attività giurisdizionale.

La seconda, invece, specifica che la tutela collettiva deve risultare superiore a quella individuale in termini di giustizia ed efficacia della sentenza. L'elemento della superiorità tende ad evitare lo svolgimento di una *class action* quando le difficoltà sono eccessive ed i vantaggi conseguibili scarsi rispetto alle prime.

I parametri della prevalenza e della superiorità sono lo strumento guida nelle mani discrezionali dell'organo giudicante, rappresentando un vero e proprio *discrimen*.

Ecco allora che *managerial judging*, *class settlements*, *contingency fee*, *punitive damages* rappresentano momenti fondamentali e vere e proprie peculiarità di uno strumento giuridico che concretizza la transizione della figura del giudice da soggetto meramente passivo a vero e proprio organo incaricato della gestione del processo.

I giudici, infatti, sono divenuti sempre più "*mediators, negotiators, and planners – as well as adjudicators*", esercitando un ruolo attivo (*rectius*: manageriale, c.d. *managerial judging*) che si realizza, tanto nelle fasi precedenti alla certificazione della classe quanto in quelle successive, nell'adozione di procedimenti speciali per gestire azioni potenzialmente gravose sia sotto il profilo della complessità delle questioni sia della pluralità delle parti e del reperimento del materiale probatorio.

Un aspetto ulteriore, ma intimamente connesso al precedente, è quello relativo ai cc.dd. *class settlements*, che risultano essere l'esito più comune delle azioni di classe, le quali, anziché terminare con una pronuncia giudiziale, si arrestano in fase precontenziosa in ragione dell'intervento di un accordo transattivo³.

La popolarità della *class action* nel sistema statunitense, poi, è anche associata al sistema di remunerazione degli avvocati, in base al quale la vittima versa allo studio legale un'elevata percentuale dei risarcimenti in caso di vittoria, ma non paga nulla in caso di sconfitta: si tratta del c.d. *contingency fee*, la cui peculiarità induce le *law firms* (in un'ottica prettamente imprenditoriale) ad investire ingenti somme nelle *class actions*, indipendentemente dalle capa-

³ Stando a quanto riportato dal *National Report*, le transazioni avvengono – a seconda del settore interessato – dal 62% al 100% dei casi per quelli in attesa di certificazione. Un *range* che va dal 20% al 30% delle controversie si è chiuso con transazioni individuali. Il loro valore medio è stimato aggirarsi intorno ai 35,4 e i 100 milioni di dollari. Si osserva che il guadagno degli avvocati è stato in tale ipotesi fra il 20 e il 25% del valore totale della transazione. I dati sono reperibili su http://www.law.stanford.edu/display/images/dynamic/events_media/USA_National_Report.pdf.

cità economiche del proprio assistito, qualora gli studi legali prevedano, anche grazie alla possibile concessione dei risarcimenti punitivi, di poter, con buoni margini di certezza, ripagarsi del loro investimento.

Sono proprio i cc.dd. *punitive damages*, in aggiunta a quelli solo *compensatory*, che consentono di punire il soggetto danneggiante per aver commesso, con malafede, un fatto grave e riprovevole, svolgendo essenzialmente un ruolo deterrente per comportamenti del medesimo tipo. Il collegamento tra *punitive damages* e *class action* è dovuto al fatto che entrambi gli strumenti giuridici trovano la loro giustificazione nella medesima ragione di *policy* e cioè nella necessità di incentivare il ricorso alla giustizia e di ottenere così un'effettiva deterrenza⁴.

Ciò detto, occorre rilevare come il rischio maggiore è, però, che nella *class action*, soprattutto nell'assenza di parametri certi sui quali commensurare l'entità dei risarcimenti punitivi, essendo la loro erogazione rimessa al potere della giuria, si possano verificare fenomeni di abuso, a scapito del buon andamento della *class action* come istituto. Parimenti, la *class action* non può neppure diventare uno strumento per obbligare il convenuto ad una transazione: danni troppo elevati, non chiaramente individuati e, soprattutto, l'aggregazione di migliaia di domande per pregiudizi causati da prodotti venduti per un lungo periodo di tempo, hanno così reso il procedimento difficile da gestire. Conseguentemente, l'accordo transattivo è apparso al più delle volte quasi inevitabile, sfociandosi in una specie di ricatto legalizzato nei confronti delle imprese.

Il fenomeno da ultimo richiamato ha provocato evoluzioni nella dinamica dello strumento *de quo*, destando la preoccupazione nel Senato americano, che ha tentato di porvi rimedio con l'emanazione del *Class Action Fairness Act* del 2005⁵, con cui si è tentato di agire su tali meccanismi distorsivi con la c.d. federalizzazione dell'azione di classe, modificando i criteri che presiedono al riparto giurisdizionale tra Corti federali e statali, attribuendo una sempre maggiore competenza alle prime⁶.

⁴ Sulla funzione dei *punitive damages*, cfr. G. CALABRESI, *The complexity of torts: the case of punitive damages*, in M. STUART MADDEN (a cura di), *Exploring Tort Law*, Cambridge, 2005.

⁵ *Class Action Fairness Act of 2005*, Pub. L. No. 109-2, 119 Stat. 4 (codificato come 28 U.S.C. §§ 1332(d), 1453, 1711-1715) (2005).

⁶ In primo luogo, ha stabilito la competenza delle Corti federali per le controversie dal valore superiore ai 5 milioni di dollari ed in cui un appartenente alla *plaintiff class action* è cittadino di uno Stato diverso da quello in cui ha cittadinanza il convenuto. In secondo luogo, ha previsto che le Corti federali debbano declinare la propria giurisdizione in favore delle Corti statali allorquando: *i*) almeno i due terzi dei *class-members* e i cc.dd. *primary defendants* siano cittadini dello stesso Stato; *ii*) più dei due terzi degli appartenenti alla classe e almeno un convenuto, a cui si richiede un cospicuo risarcimento e di cui si allega aver messo in atto una condotta lesiva idonea a legittimare l'azione, abbiano cittadinanza nello stesso Stato.

Un vero e proprio contraccolpo, in realtà, nei confronti dello strumento *class action*, il quale ha subito una contrazione operativa, come si evince dai casi di *class-arbitration waivers*⁷. Difatti, ad esserne riuscito ridimensionato non è stato soltanto l'accesso alla tutela collettiva, ma soprattutto l'accesso alla giustizia stessa. Ci si riferisce alle due sentenze della Corte Suprema federale statunitense nei casi *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*⁸ e *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*⁹, ove, con la prima, è stata ritenuta valida una clausola contrattuale tramite la quale il contraente rinunciava alla *class action* in arbitrato e, con la seconda, una clausola mediante la quale si rinunciava alla proponibilità di azioni in forma aggregata in sede arbitrale.

È chiaro come il combinato disposto della rinuncia alla *class action* e di un procedimento arbitrale attivabile esclusivamente in via individuale riduca notevolmente lo spazio per l'esercizio dei diritti. Non sono un mistero gli elevati costi degli arbitrati, costi che, evidentemente, non potranno essere sostenuti dal singolo consumatore o cliente per l'instaurazione di cause di modico valore.

⁷ La letteratura statunitense in materia di *class-arbitration waivers* è copiosa. Per i contributi più recenti cfr. A.R. MONROE, *Are We All in this Together? Enforcing Class Arbitration Waivers*, in *Missouri L. Rev.*, 2017, 3, p. 925 ss.; J.K. HENNESSY, *SCOTUS to Decide Future of Class Waiver Arbitration Clauses*, in *Labor & Employment L.*, 2017, 3, p. 4 ss.; M.J. YELNOSKY, *DIRECTV, Inc. v. Imburgia and the Continued Ascendance of Federal Common law: Class-Action Waivers and Mandatory Arbitration under the Federal Arbitration Act*, in *Roger Williams Univ. L. Rev.*, 2017, 1, p. 287 ss. Si veda, inoltre, HARVARD LAW REVIEW, *Class Actions – Class Arbitration Waivers – American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*, in *Harvard L. Rev.*, 2013, 1, p. 278 ss. Per una disamina di natura empirica circa l'impiego di dette clausole nei contratti cfr. T. EISENBERG, G.P. MILLER, E. SHERWIN, *Arbitration's Summer Soldiers: An Empirical Study of Arbitration Clauses in Consumer and Nonconsumer Contracts*, in *University Michigan. J. L. Reform*, 2008, 4, p. 871 ss. Con un piglio apocalittico sulla materia M. GILLES, *The Day Doctrine Died: Private Arbitration and the End of Law*, in *Univ. Illinois. L. Rev.*, 2016, 2, p. 371 ss. Sull'interrelazione tra pubblico e privato nella disciplina arbitrale, cfr. J. RESNIK, *Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, The Private in Courts, and the Erasure of Rights*, in *Yale L.J.*, 2015, 8, p. 2804 ss. Per un'analisi dell'inclusione delle *class arbitration waivers* nei contratti dei lavoratori, e sui relative effetti, v. J. STERNLIGHT, *Disarming Employees: How American Employers Are Using Mandatory Arbitration to Deprive Workers of Legal Protection*, in *Brooklyn L. Rev.*, 2015, 4, p. 1309 ss. Ad ogni buon conto, cfr. A.R. MILLER, *The Modern*, cit., pp. 28-34. Il fenomeno ha interessato pure la dottrina italiana: si veda la panoramica offerta da M. GABOARDI, *Arbitrato e azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 4-5, p. 987 ss. e la nota a sentenza del caso *Italian Colors* redatta da M.M. WINKLER, *Il caso Amex e i sentieri accidentati della class arbitration in America*, in *Int'l Lis*, 2014, 1, p. 27 ss. Da ultimo, ne fa menzione A. PALMIERI, *Consumatori, tutela collettiva, arbitrato: di miti (americani) infranti e timidi risvegli (europei)*, in C.A. D'ALESSANDRO, C. MARCHESE, *Ius Dicere in a Globalized World – A Comparative Overview*, II, Roma, 2018, p. 637 ss.

⁸ *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 536 U.S. 333 (2011). Un analogo caso si è verificato in *DirectTV v. Imburgia*, 136 S. Ct. 463 (2015).

⁹ *Am. Express Co. v. Italian Colors Restaurant*, 333 S. Ct. 2304 (2013).

Si tratta di un vero e proprio sovradimensionamento del *favor* per l'arbitrato che anima il *Federal Arbitration Act* del 1925, a cui si associano, proprio nell'ambito dell'attività legislativa del Congresso americano, forti tendenze a complicare l'accesso alla *class action* con il *Fairness in Class Action Litigation Act* approvato dai due rami del Parlamento statunitense nei primi mesi del 2017¹⁰.

Tali continue evoluzioni confermano in maniera cristallina che in tanto può comprendersi compiutamente un fenomeno giuridico, in quanto ne vengono analizzati gli aspetti endogeni in uno con gli agenti esterni che si dimostrano idonei a contribuire, anche decisamente, all'ascesa, o al declino, degli istituti giuridici oggetto d'indagine. In altri termini, si tratta di approssiarsi alla realtà giuridica in un'ottica necessariamente multifattoriale.

3. La tutela aggregata di interessi superindividuali omogenei e le spinte dell'Unione Europea

L'Unione Europea ha da tempo mostrato un certo interesse progressivo nei confronti della tutela aggregata di interessi superindividuali omogenei: in particolare, la Commissione nel 2005¹¹ e nel 2008¹² ha pubblicato due Libri Verdi sul punto dedicati, rispettivamente, alle azioni di risarcimento danni derivanti da norme antitrust ed ai mezzi di ricorso collettivi dei consumatori.

Successivamente, nel 2012¹³ si è registrata un'accelerazione dell'attività unionale con l'adozione della Risoluzione del Parlamento europeo «*Verso un approccio coerente in materia di ricorsi collettivi*», ove veniva espressa l'esigenza che qualsiasi proposta sui ricorsi collettivi predisponesse un quadro orizzontale dotato di principi comuni, tale da garantire un accesso alla giustizia all'interno dell'Unione Europea quanto più uniforme possibile.

Con una Raccomandazione del 2013¹⁴, la Commissione europea assumeva l'incarico di effettuare un monitoraggio della durata quadriennale sull'avanza-

¹⁰ A. PALMIERI, *Consumatori*, cit., p. 643.

¹¹ COMM. CE, *Libro Verde – Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, (COM (2005) 672).

¹² COMM. CE, *Libro Verde sui mezzi di ricorso collettivi dei consumatori*, (COM (2008) 794).

¹³ Risoluzione del Parlamento europeo del 2 febbraio 2012 «*Verso un approccio europeo coerente in materia di ricorsi collettivi*» (2011/2089(INI)).

¹⁴ Raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013 relativa ai principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione (2013/396/UE).

mento delle legislazioni nazionali, i cui risultati sono stati pubblicati nel 2018. All'esito di questa verifica, si è potuto constatare che gli Stati non avevano seguito le indicazioni comunitarie: alcuni ordinamenti, infatti, avevano preferito il sistema dell'*opt-out*, altri, invece, avevano limitato i ricorsi collettivi al solo settore consumeristico ed altri, addirittura, non avevano proprio legiferato sul tema.

Occorre registrare, tuttavia, come la pubblicazione dei risultati abbia ingenerato una serie di modifiche significative all'interno di Stati membri che si sono dotati di un sistema di tutela aggregata non limitato al solo settore consumeristico. Si pensi alla Germania, che nel 2018 ha emendato ed aperto la sua disciplina interna relativa alla *Musterfeststellungsklage*, basata sulla causa pilota e sul processo modello¹⁵, nel senso della previsione di un'azione collettiva generalizzata potenzialmente azionabile per tutti gli illeciti contrattuali ovvero extracontrattuali che affliggano interessi superindividuali omogenei (non solo, quindi, limitatamente al settore consumeristico): c.d. azione di accertamento tipo, che è stata utilizzata dalla massa di clienti per il *dieselgate* contro Volkswagen. Medesime novelle hanno interessato l'Ungheria, la Svezia, la Francia, la Spagna, l'Austria e l'Italia, che, da ultimo, nell'aprile 2019, ha approvato la legge n. 31 sull'azione di classe generalizzata¹⁶.

Sul punto, l'apertura tedesca è peculiare se si pensa che, insieme alla Francia, la Germania aveva sempre mostrato profonde incertezze in materia; perplessità non derivanti da questioni squisitamente giuridiche, ma relative alle potenziali ricadute pratiche che il meccanismo dell'azione collettiva avrebbe potuto avere sui grandi operatori economici aventi la sede nel proprio territorio.

Considerazioni analoghe sono alla base della persistente ritrosia dell'atteggiamento irlandese nei confronti di una disciplina ad hoc. L'Irlanda, come anticipato, è uno dei pochi Stati membri in cui continua ad essere prevalente una netta posizione di chiusura nei confronti dello strumento collettivo¹⁷.

Tale quadro descritto spiega anche la più recente iniziativa legislativa dell'Unione Europea, la quale il 24 dicembre 2020 ha emanato la direttiva

¹⁵ Per un approfondimento sulle prospettive tedesche del processo modello, mi sia consentito rinviare a G. SCARCHILLO, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, 2^a ed., Torino, 2022, p. 120 ss. e i riferimenti bibliografici *ivi*.

¹⁶ La legge del 12 aprile 2019, n. 31 è entrata in vigore definitivamente, poi, nel mese di maggio 2021 con il Decreto Ristori n. 137/2020, a testimonianza delle fortissime resistenze che tale strumento processuale continua ad incontrare. Sull'evoluzione delle azioni collettive in Italia, dall'azione inibitoria alle nuove prospettive dell'azione di classe di "terzo conio", *si vis* G. SCARCHILLO, *Class action*, cit., p. 133 ss. e i riferimenti bibliografici *ivi*.

¹⁷ Non è un caso che grandi società multinazionali hanno deciso di porre la propria sede a Dublino e Limerick, a cominciare dalla Microsoft e Facebook.

2020/1828/UE¹⁸ relativa all'introduzione di un'azione rappresentativa risarcitoria per la tutela degli interessi dei consumatori.

Nella prospettiva di un tanto atteso *New Deal* per i consumatori, il congegno messo a punto dal legislatore unionale non ha affievolito le critiche precedenti, in primis la costante presenza del *favor* espresso per il sistema di *opt-in*, la mancata estensione del foro del consumatore anche ai ricorsi collettivi e l'assenza di ogni riferimento ai *punitive damages*.

La scelta del meccanismo di adesione comprime, infatti, l'efficacia dell'azione di classe, tanto da un punto di vista dell'estensione della cosa giudicata quanto, e ancor più, sotto il diverso profilo della funzione di deterrenza che lo strumento in esame pure persegue. Difatti, un conto è che l'azione di classe possa condurre ad una pronuncia di condanna nei confronti di *n* soggetti che sia valida per tutti coloro i quali si trovino in una situazione analoga al *class representative*, altro conto, invece, è un giudicato limitato alla compagine di coloro i quali abbiano esercitato l'*opt-in*.

Il forte *favor* mostrato per il meccanismo dell'adesione viene spesso giustificato con la presunta incompatibilità strutturale dell'*opt-out* con i sistemi giuridici europei, sebbene neppure quest'argomento convinca più di tanto. Vi sono, infatti, casi nell'Unione Europea di taluni Paesi che hanno sviluppato sistemi ibridi, integrando l'*opt-in* e l'*opt-out*: si tratta di Belgio, Bulgaria, Danimarca e Regno Unito, ove viene applicato l'uno o l'altro sistema a seconda della specificità del caso ovvero dell'azione. Talaltri, quali il Portogallo ed i Paesi Bassi, applicano esclusivamente l'*opt-out*¹⁹.

Sarebbe opportuno, quindi, rivedere la futuribile azione collettiva risarcitoria europea, nel senso di un ricorso generalizzato allo schema della rinuncia²⁰.

¹⁸ Direttiva 2020/1828/UE relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE.

¹⁹ L'introduzione di un generale meccanismo di rinuncia sarebbe uno degli accorgimenti necessari per rendere davvero efficiente lo strumento azione di classe anche in Italia, e – sotto questo profilo – assume particolare rilievo l'osservazione dell'esperienza israeliana. Si consideri, infatti, come in Israele la fiducia riposta nell'*opt-out* abbia rappresentato il volano per il successo dell'azione di classe su questo Stato, in special modo nelle controversie consumeristiche di modico valore. Per un approfondimento sull'esperienza israeliana di *class action*, ancora G. SCARCHILLO, *Class action*, cit., p. 58 ss. e i riferimenti bibliografici *ivi*.

²⁰ Un discorso parzialmente diverso vale per la nuova azione di classe italiana recentemente entrata in vigore e che ha ibridato il sistema dell'adesione con il giudicato *secundum eventum litis*. Si potrebbe essere indotti a credere come una seconda finestra temporale di adesione, condizionata all'esito favorevole per la classe dell'accertamento di responsabilità, costituisca la stura per comportamenti opportunistici, inducendo i singoli a non intervenire se non in questo secondo momento, così da non dover sopportare gli oneri della partecipazione al giudizio di classe. Una simile visione, tuttavia, assolutizza il problema, e non convince. Centralizzare i ricorsi collettivi, infatti, favorisce la semplificazione. Questo, non solo da un punto di vista di spese lega-

Relativamente alla mancata estensione del foro del consumatore, poi, si constata che qualora il gruppo interessato volesse convenire in giudizio il professionista, resosi responsabile della violazione, dovrebbe ricorrere alle Corti del luogo in cui questi ha la sede. Non risulterà difficile comprendere come la “tana del lupo” potrebbe riservare sorprese poco piacevoli: possiamo avere la certezza, infatti, che le Corti di uno Stato in cui ha la sede il professionista adotterebbero decisioni favorevoli ai consumatori, senza tenere in debito conto l’eventuale fuga di capitali quale conseguenza di una giurisprudenza troppo *consumer oriented*?

È evidente che tali condotte rischiano di incentivare fenomeni di *race to the bottom*, ove la concorrenza legislativa, appunto al ribasso, finisce per premiare l’attrattiva di capitali ed investimenti verso Stati che non predispongono puntuali discipline giuridiche ovvero prevedano solo normative di favore, barattando così la certezza del diritto con la garanzia dei profitti, la prevedibilità del foro competente con la tutela effettiva degli interessi aggregati ed omogenei²¹.

Infine, una vistosa mancanza presente nella direttiva del 2020 è, sicur-

li, ma anche sotto il profilo reputazionale non è cosa di poco conto: un conto è dire che perde una sola azione di classe, altro è dire che un determinato operatore economico è continuamente bersagliato da numerose iniziative giudiziarie intraprese contro di lui. Da tutto ciò deriva la fiducia provata nei confronti dell’attuale assetto normativo italiano. A ciò si deve aggiungere un ulteriore profilo: a ben vedere, estendendo la vincolatività del solo giudicato favorevole anche ai non partecipanti al giudizio sull’*an* (e previa loro richiesta), il sistema italiano risulta garantire uno *standard* più elevato di tutela rispetto all’*opt-out* statunitense (che, com’è noto, vincola alla *res judicata* tutti i membri della classe a prescindere dagli esiti del giudizio). Tale rilievo non è privo di conseguenze pratiche: questo imporrebbe agli organi giudiziari statunitensi di declinare la propria giurisdizione ove una controversia di classe transfrontaliera presentasse criteri di collegamento più forti con l’Italia, non potendo ricorrere alla *longa manus jurisdiction* fondata sulla inadeguatezza della tutela accordata dalla legislazione italiana. Una comparazione più profonda, che vada oltre il dato legislativo, senza – beninteso – prescindere, consente così di realizzare un’equiparazione – *rectius*, un’uniformazione – tra sistemi per via dottrinale.

²¹ È opportuno segnalare che nel marzo del 2020, dopo circa 5 anni di travagliata vicenda giudiziaria, la Volkswagen e i circa duecentomila consumatori effettivamente lesi dall’alterazione dei dati sull’emissione di carburante hanno raggiunto un accordo transattivo con il quale il produttore si è impegnato a riconoscere un risarcimento che va da 1.350 € a 6.257 €. Tuttavia, a complicare ulteriormente il quadro è sopraggiunta una sentenza della Corte di Cassazione tedesca del 25 maggio dello stesso anno, nella quale la Volkswagen è stata condannata a risarcire a un individuo il valore per intero dell’automobile acquistata (al netto della diminuzione dello stesso in ragione dell’uso fatto del bene). Proprio il mancato coordinamento tra le azioni individuali e quelle collettive, inevitabile frutto della scelta dei legislatori europei di orientarsi verso un sistema di *opt-in* anziché di *opt-out*, è la riprova dell’urgenza nel contesto europeo, sia a livello nazionale che sovranazionale, della necessità di predisporre meccanismi di collegamento volti a limitare esiti contraddittori delle liti su medesimi fatti.

mente, l'assenza della previsione dei risarcimenti punitivi (cc.dd. *punitive damages*²²).

Nell'esperienza della *class action* statunitense si osserva chiaramente come questa tipologia di risarcimenti costituisca un tratto peculiare di questo strumento rimediale, sia in un'ottica di sanzione *ex post* per le condotte illecite, sia sotto il profilo della funzione di deterrenza (e, quindi, *ex ante*) che deve perseguire. Difatti, la condanna al risarcimento punitivo si propone uno scopo ulteriore a quello meramente compensativo, volendo rappresentare, inoltre, un fattore pedagogico ed esemplare tanto nei confronti del condannato, quanto – *pro futuro* – di quelli che potenzialmente potrebbero porre in essere le medesime condotte realizzate da quest'ultimo.

D'altro canto, ciò che ha da sempre ispirato la dottrina americana ad approcciarsi favorevolmente ai danni punitivi è un ragionamento di tipo economico (o, se si vuole, di analisi economica del diritto): una volta accertata la responsabilità, un risarcimento molto più alto del danno reale subito dal danneggiato, attribuito e rapportato magari in ragione della gravità della condotta del-

²² Sul tema dei *punitive damages* nella *common law* in una prospettiva aperta al diritto comparato cfr. M.M. BELL, *Punitive Damages: Their History, Their Use and Their Worth in Present-Day Society*, in *U.M.K.C. L. Rev.*, 1980, 1, p. 1 ss.; A. MITCHELL POLINSKY, S. SHAVELL, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, in *Harvard L. Rev.*, 1998, 4, p. 869 ss.; V. BEHR, *Punitive Damages in American and German Law, Tendencies towards, approximation of apparently irreconcilable concepts*, in *Chi-Kent L. Rev.*, 2003, 1, p. 105 ss.; C.M. SHARKEY, *Punitive Damages as Societal Damages*, in *Yale L.J.*, 2003, 2, p. 347 ss.; A. BARZAGHI, *Recognition and Enforcement of United States Judgments in Italy*, in *NY Int. L. Rev.*, 2005, 1, p. 61 ss.; G. CALABRESI, *The Complexity of Torts: the Case of Punitive Damages*, in *Exploring Tort Law*, a cura di M. Stuart, Cambridge, 2005, p. 333 ss.; N. VIDMAR, M. WOLFE, *Punitive Damages*, in *Annual Rev. Law and Social Science*, 2009, 5, p. 179 ss.; H. KOZIOL, V. WILCOX (a cura di), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, New York, 2009; J.J. BERCH, *The Need for Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards by the European Union*, in *Minnesota J. Int. L.*, 2010, 1, p. 55 ss.; T.H. DUPREE JR., *Punitive Damages and the Constitution*, in *Louisiana L. Rev.*, 2010, 2, p. 421 ss.; T. EISENBERG *et al.*, *The Decision to Award Punitive Damages: An Empirical Study*, in *J. Legal Analysis*, 2010, 2, p. 577 ss.; M.L. WELLS, *A Common Lawyer's Perspective on the European Perspective on Punitive Damages*, in *Louisiana L. Rev.*, 2010, 2, p. 557 ss.; Y. ADAR, *Touring the Punitive Damages Forest: A Proposed Roadmap*, in *ODCC*, 2012, 2, p. 301 ss.; T. FAUSTEN, R. HAMMESFAHR, *Punitive Damages in Europe: Concern, threat or non-issue*, consultabile in biztositasizemle.hu; U. MAGNUS, *Punitive Damages and German Law*, in *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, a cura di L. Meurkens, E. Nordin, Antwerp, 2012; C.I. NAGY, *Recognition and Enforcement of US Judgments Involving Punitive Damages in Continental Europe*, in *NiPR*, 2012, 1, p. 4 ss.; D.G. OWEN, *Punitive Damages as Restitution*, in *The Power of Punitive Damages*, a cura di L. Meurkens, E. Nordin; A.G. SEBOK, *Normative Theories of Punitive Damages: The Case of Deterrence*, in *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, a cura di J. Oberdiek, Oxford, 2014, p. 312 ss.

l'autore dell'illecito e all'ampiezza del danno provocato, assicura, per un verso, la riparazione dei danni subiti dalla parte lesa e, per un altro, la disincentivazione di futuri comportamenti illeciti da parte delle imprese.

Non sfugge come in questo ragionare sia implicita la consapevolezza dell'insufficienza della sola funzione compensativa a controbilanciare i vantaggi provenienti dalle condotte illecite e della sua inadeguatezza a prevenirne la commissione in futuro.

Una prospettiva di analisi economica del diritto potrebbe – realisticamente – condurre la normativa in materia di azione di classe a produrre effetti economici, anziché – solamente – a disciplinarli.

Al netto delle critiche, però, l'iniziativa legislativa unionale fa rilevare un progresso verso l'assicurazione di un accesso uniforme alla giustizia collettiva all'interno del territorio comunitario. Si poteva fare di più e si spera si possa fare in futuro, magari superando il *gap* tra la previsione di un giudice competente per le azioni proposte da un singolo consumatore e l'organo competente per le azioni aventi medesimo oggetto, ma che presenta la peculiarità di una serialità di attori. Ciò comporterebbe anche flussi positivi a livello economico grazie alla presenza di una legislazione incentivante, che potrebbe porsi come rimedio ai fallimenti del mercato legati all'inabilità di singole parti di tutelare i propri interessi.

In un contesto quale quello attuale, votato al globalismo e alla globalizzazione, appare chiaro come condotte illecite a danno di una molteplicità di soggetti vadano ad assumere una dimensione sempre più internazionale, sfuggendo ai confini posti dagli ordinamenti giuridici statali.

Sono fortemente convinto che il compito di reprimere più efficacemente condotte illecite aventi natura transnazionale potrebbe essere affidato ad una regolamentazione avente il duplice scopo di introdurre un riconoscimento automatico delle sentenze straniere rese all'esito di un'azione di classe e di attribuire ai cittadini, appartenenti ad uno Stato diverso rispetto a quello dove la pronuncia è stata resa, la possibilità di avvalersi, beneficiandone, del giudicato estero (addirittura ancor più incentivante del sistema di *opt-out* di matrice statunitense!).

Tutto ciò è paradossale, poiché rischia di farci trovare nuovamente impreparati: è sotto gli occhi di tutti, d'altronde, che l'attività unionale si è ormai indirizzata nel senso di imporre una forte virata verso la graduale sostituzione del *public enforcement* con il *private enforcement*, facendo assurgere quelli che vengono chiamati ricorsi collettivi o *collective redresses* a fattore decisivo per la realizzazione di questo cambio di rotta.

4. Una proposta di Convenzione tra Stati-attori di un mercato globale

L'analisi di *Law & Economics* prospettata ha, nel tempo, gettato luce sui riverberi che talune scelte legislative possono avere sugli assetti economici.

In questo quadro ricostruttivo manca, comunque, una riflessione sulla *class action* quale fenomeno globale, ovvero sia quale strumento rimediale calato in uno spazio giuridico economico sempre più senza confini e con orizzonti internazionali.

Molti dei beni e servizi che acquistiamo, infatti, sono inseriti in un mercato che non conosce confini territoriali, men che meno da un punto di vista giuridico, stante la forte propensione a livello internazionale alla rimozione delle barriere al commercio e agli scambi. Conseguentemente, è fin troppo chiaro come anche le condotte illecite a danno di una molteplicità di soggetti vadano ad assumere sempre di più una dimensione globalizzata, che sfugge ai limiti territoriali e giuridici degli ordinamenti statali.

Un esempio che chiarisce bene questo punto è quello legato alla filiera alimentare: immaginare che, ad oggi, ciò di cui ci nutriamo abbia carattere esclusivamente locale, oltre ad essere utopistico è anche sciocco. Immaginiamo, quindi, di importare dagli USA grano trattato con un pesticida, che alcuni studi hanno dimostrato essere sostanza cancerogena. Alcuni consumatori propongono una *class action* negli Stati Uniti, avanzando pretese risarcitorie nei confronti del produttore del pesticida (ad esempio, una società italiana), allegando la dannosità di quest'ultimo ed ottenendo una sentenza di condanna, la quale oltre a danni di natura compensativa riconosce pure un risarcimento punitivo. *Rebus sic stantibus*, qualora i beneficiari della pronuncia volessero darvi esecuzione in Italia, dovrebbero far ricorso al procedimento di delibazione ed *exequatur* di cui alla legge n. 218/1995, con tutte le possibili implicazioni a ciò sottese (e fino a qualche tempo fa²³ con il rischio di non vedersi riconosciuta la voce di risarcimento a titolo punitivo); inoltre, se uno o più consumatori italiani volessero avanzare pretese nei confronti del produttore sarebbero obbligati ad incardinare un'autonoma azione in Italia, non potendo beneficiare del giudicato estero limitato ai cittadini statunitensi.

In maniera utopica, potrebbe indicarsi quale soluzione del problema l'istituzione di una giurisdizione globale, espressione di una giustizia universale. Tuttavia, siccome sono persuaso che la piena realizzazione di questo progetto

²³ Con la sentenza della Corte di Cassazione n. 16601/2017, infatti, la presenza di risarcimenti punitivi «non è ontologicamente incompatibile». Sulla recente «apertura» della giurisprudenza italiana ai risarcimenti punitivi, *si vis*, cfr. G. SCARCHILLO, *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *Contr. impr.*, 2018, 1, p. 289 ss.

non appartenga al nostro tempo, più opportuna e sicuramente meno pretenziosa è la proposta che mi accingo ad illustrare.

Il compito di reprimere più efficacemente condotte illecite aventi natura transazionale-globale potrebbe essere affidato ad una regolamentazione avente il duplice scopo di introdurre un riconoscimento automatico delle sentenze straniere rese all'esito di un'azione di classe e di attribuire ai cittadini, appartenenti ad uno Stato diverso rispetto a quello dove la pronuncia è stata resa, la possibilità di avvalersi, beneficiandone, del giudizio estero.

Nell'esempio dianzi proposto, allora, si potrebbe prospettare il seguente scenario: i consumatori statunitensi, in virtù di quanto detto, si vedrebbero riconosciuto automaticamente il giudicato favorevole; i consumatori italiani non dovrebbero più instaurare un autonomo giudizio, avvalendosi dell'accertamento di responsabilità contenuto nella pronuncia e dovendosi limitare esclusivamente a dimostrare l'appartenenza alla classe e la propria posizione individuale. Si tratterebbe, in altri termini, di un riconoscimento «automatico e rafforzato» di una sentenza straniera: «automatico», poiché non richiederebbe una procedura di deliberazione (alla stregua di ciò che accade per le sentenze rese dagli organi giurisdizionali degli Stati membri dell'UE in virtù dell'assetto realizzato con il regolamento (n. 1215/2012) Bruxelles I-bis); «rafforzato», in quanto verrebbe consentito di estendere l'ambito soggettivo della cosa giudicata a cittadini di uno Stato diverso rispetto a quello in cui è stata resa la pronuncia sull'azione di classe, dovendosi solo dimostrare di avere le caratteristiche per essere considerati *class members*.

Per realizzare tali obiettivi nell'UE sarebbe sufficiente un'emenda della disciplina concernente la competenza giurisdizionale internazionale (sancendo così pure l'abbandono della forte predilezione, infondata e frutto di equivoci, riservata all'*opt-in*).

Al contrario, per ciò che riguarda i rapporti con gli Stati terzi, lo scopo prefissatosi potrebbe essere raggiunto affidando il compito del riconoscimento automatico e rafforzato ad una auspicabile convenzione di diritto internazionale privato denominata “*Convenzione internazionale sul riconoscimento automatico e rafforzato e sull'esecuzione delle sentenze straniere rese all'esito di giudizi risarcitori su interessi superindividuali omogenei*”.

Questo sì che sarebbe un obiettivo ben più realizzabile, e non solo auspicabile, nel nostro tempo.

5. Nuove prospettive tra solidarietà, sussidiarietà e *privacy*

È indubbio che lo strumento giuridico “collettivo” ha anche una specifica

funzione sociale nell'ottica di un aumento del benessere della collettività. Stretto e forte, infatti, è il legame tra *class action*, tutela aggregata di interessi e solidarietà, perché laddove si perseguirà l'interesse generale (della classe) quest'ultimo prevarrà o tenderà a prevalere sempre di più naturalmente su quello particolare (*uti singulus*), che non verrà oscurato ma brillerà di nuova luce.

Ovviamente, quando si parla di solidarietà, di funzione sociale, di giustizia sociale²⁴, non si vuole evocare qualcosa di vuoto e melenso, o che cerchi di dare sembianze armoniose ad un freddo strumento della meccanica giuridica del diritto privato di segno proprietario, ma si vuole descrivere qualcosa di reale e concreto che renda – anche *a priori*²⁵ – evidente la rilevanza e il valore che ha, o dovrebbe avere la tutela aggregata nella realtà moderna.

Dall'analisi di questo istituto si possono allora individuare due tipi di solidarietà.

Per un verso, avremo una solidarietà «interna», relativa ai soli rapporti interni alla classe, con la quale si facilita l'accesso alla giustizia, la condivisione di costi ed esiti, l'approccio ad una “responsabilità solidale”; e, per un altro verso, avremo una solidarietà «diffusa» dell'azione di classe, intesa in senso più ampio come solidarietà collettiva, di cui si può capire meglio la portata spiegando i modi (e i casi) in cui il diritto – non è impiegato come strumento di lotta individuale, diretta all'esclusione dell'altro a tutela di un proprio interesse autoreferenziale ma – diviene un mezzo di lotta comune, dei cui risultati ne beneficiano tutti: l'intero mercato, l'intera società.

Più specificamente, nell'ambito dei rapporti interni alla classe, si può osservare quella solidarietà rivolta agli altri individui nella medesima condizione di necessità; con la *class action* si fornisce, infatti, una tutela contro le asimmetrie esistenti *de facto* nel mercato, le quali possono porsi come ostacolo al libero godimento di diritti di libertà economica, negoziale e di proprietà. Così l'azione di classe per tutti questi individui ha lo scopo di attivare canali di giustizia, di agevolare la trattazione delle controversie, nonché di garantire l'economia processuale e l'uniformità di giudizio grazie al massimo riverbero pos-

²⁴ Sul ruolo anche “sociale” del principio di solidarietà, quale promotore di una giustizia sociale nell'ambito dei rapporti tra privati, si veda, recentemente, G. ALPA, *Solidarietà. Un principio normativo*, Bologna, 2022, p. 253 ss. Sul tema, si veda, *ex multis*, il Manifesto intitolato “Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto”, pubblicato in G. VETTORI (cura di), *Contratto e costituzione in Europa*, Padova, 2005, e in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 1, p. 99 ss. e, da ultimo, V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 337 ss.

²⁵ Per un concetto di solidarietà, che non operi soltanto *ex post*, in forma «difensiva e sociale», ma anche *ex ante*, in forma di «solidarietà proattiva», quale strumento di conformazione del contratto, si veda U. MATTEI, A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *Giustiziavivile.com*, 2020, p. 5.

sibile della decisione. Una volta instaurata la causa, perciò, si crea una solidarietà – o una *societas* in senso lato – tra tutte quelle persone (col)legate insieme dal comune interesse di cui è d'uopo la classe stessa. Si potrebbe pensare che si instauri una “solidità” tra i membri – intesa nel senso strettamente civilistico di obbligazione solidale (plurisoggettiva) e che si riferisce appunto alla c.d. *responsabilità solidale* (o *in solido*) ex art. 2055 c.c. – proprio per quella condivisione dei costi, rischi ed (eventualmente) risultati positivi (o negativi) dell'azione.

Ancora, ed estensivamente, essa può essere anche vista come una sorta di solidarietà “implicita” – che sia più o meno d'interesse per il singolo coinvolto – che si concretizza nella tutela dell'intera platea di altri soggetti che si potrebbero trovare, nell'immediato o prossimo futuro, nella medesima spiacevole circostanza di colui che è portato a reagire a tutela di un proprio interesse, attivando un'azione di classe. Il soggetto partecipa infatti – tramite la classe – ad un'operazione di correzione dei problemi e miglioramento dell'efficienza dell'intero mercato, evitando quei fenomeni conosciuti come fallimenti del mercato (cc.dd. *market failures*), apportando così benefici in generale per l'intero sistema economico nonché per l'ordinamento giuridico, garantendo la certezza del diritto, con ripercussioni positive per tutto ciò che riguarda la stabilità ed il progresso dei rapporti economici.

Tuttavia, non si deve presumere (erroneamente) che tutto quello che attiene all'effetto implicito – ed involontariamente – solidaristico di questi meccanismi riguardi solo la dimensione economica della realtà nella quale insistono. Difatti, i principi che si sceglie di seguire e le regole e strumenti che si creano per “ordinare” la realtà, producono sempre un c.d. «*effetto farfalla*»²⁶, che si espande in ogni direzione, toccando ed influenzando molteplici ambiti in modi diversi.

²⁶ Questa locuzione (*the butterfly effect*) è sovente usata per definire quel fenomeno – noto anche come “teoria del caos” – che indica «l'estrema sensibilità alle condizioni iniziali esibita dai sistemi dinamici non lineari. In altri termini, infinitesime variazioni nelle condizioni iniziali producono variazioni grandi e crescenti nel comportamento successivo dei suddetti sistemi», vale a dire: può il battito di una farfalla in Brasile, provocare un uragano in Texas? La domanda ha scopo esemplificativo, dove il battito della farfalla rappresenta un qualsivoglia piccolo cambiamento e l'uragano la qualsiasi conseguenza su scala più grande che viene provocato. Lo studio di questi cc.dd. sistemi complessi è quella branca scientifica (interdisciplinare) che si prefigge lo scopo di capire come questi sistemi funzionino in senso globale e complessivo e di come interagiscono tra loro. La c.d. teoria della complessità, così come insegna Giorgio Parisi, il nostro Premio Nobel per la Fisica 2021, ha l'obiettivo di «trovare le leggi, dette ‘fenomenologiche’, che regolano il comportamento globale di tali sistemi, e che non sono facilmente deducibili dall'analisi delle leggi che controllano ciascuno dei singoli costituenti». Cfr. G. PARISI, *Sistemi complessi, fisica dei*, in *Enciclopedia del Novecento*, II Supplemento, 1998, disponibile su www.treccani.it; M. BONAVITA, *Effetto farfalla*, in *Enciclopedia della Scienza e della Tecnologia*, 2008, disponibile su www.treccani.it; su complessità e caso cfr. P. KOURILSKY, *Di scienza e democrazia. Crisi della politica e speranza della ragione*, Torino, 2020, p. 17 ss. Segnalo,

Di fronte a tali effetti, l'azione del consumatore, come (consum-)attore del mercato è animata sempre più dall'esigenza di rispondere ad una domanda di giustizia di massa largamente eccedente l'offerta, che non è stata sufficientemente potenziata (o che non può esserlo strutturalmente), ovvero di garantire diritti che altrimenti sarebbero violati e senza ristoro.

Tali bisogni trovano nelle *class actions/collective redresses* strumenti giuridici sempre più idonei sia per la tutela dei diritti di quei soggetti coinvolti nei *mass torts*, resi sempre più comuni dal moderno tipo di economia di massa e globalizzata, sia per la tutela di quei beni che hanno una dimensione non economica o non solo economica, la cui tutela è stimolata dal senso di responsabilità degli individui, che assicurano la protezione e conservazione di questi beni, sospinti da un'idea di solidarietà, appunto collettiva o diffusa.

Tante sono, pertanto, le occasioni di solidarietà per la *class action*.

Si pensi all'utilizzo della *class action* come strumento per tutelare il patrimonio culturale, quello che gli americani chiamerebbero lo “*world (o human) heritage*”. Nella giurisprudenza statunitense, ad esempio, si può citare la lunga contesa legale che ha coinvolto centinaia di migliaia di “*american indians*” e – seppure non strettamente legata alla tutela di un monumento o manufatto storicamente identificabile – ha riguardato i diritti degli indiani d'America in quanto tali, in quanto detentori della loro stessa cultura e delle legittime pretese che questo status gli riconosce.

Ancora, sempre negli Stati Uniti e nella casistica che interessa salute e ambiente, si potrebbero riportare le moltissime *class action* che si sono condotte contro imprese che inquinando hanno provocato danni ambientali, oltre che alla salute di molte persone: il caso DuPont ovvero il caso dell'uragano Katrina, tra gli altri.

Anche in Italia, per quanto attiene alle azioni di classe in materia ambientale, nel giugno del 2021, è stata depositata presso il Tribunale Civile di Roma un'azione intentata contro lo Stato per inadempimento dei propri doveri nel contrasto all'emergenza climatica. L'atto di citazione che ha portato in aula la Presidenza del Consiglio dei Ministri – seppur non azionata secondo le regole dell'azione di classe *ex artt. 840-bis ss., c.p.c.* – vede impegnati 203 ricorrenti, tra cui 17 minori (legalmente rappresentati dai propri genitori), 162 cittadini e 24 associazioni impegnate nella tutela dell'ambiente e dei diritti umani. Nel caso di specie, non si è richiesto un risarcimento del danno causato dallo Stato bensì l'obbligo per il governo italiano di abbattere le emissioni di gas serra, in maniera da portarle a livelli che siano compatibili

come suggestione cinematografica sul tema, la pellicola “Mr. Nobody”, film del 2009 del regista J.V. Dormael, in cui si mostrano le infinite possibilità derivanti dalle molte scelte che si fanno nella vita e la conseguente difficoltà di compiere tali scelte, quando ancora «niente è reale, tutto è possibile».

con i limiti imposti dall'Accordo di Parigi²⁷, nel rispetto delle norme internazionali ed europee.

Un ulteriore esempio in cui l'azione di classe viene impiegata per fini rilevanti sul piano (anche) solidaristico, è rappresentato dal c.d. *greenwashing*. Sul tema è stata presentata recentemente un'azione legale da una delle più grandi associazioni ambientaliste d'America, *Earth Island Institute*, contro la *Coca-Cola Company*²⁸, per un continuo riferimento alla propria attività come «*sustainable business*» ed in particolare alla campagna «*World Without Waste*», pur essendo leader mondiale per la produzione della plastica e non avendo agito sufficientemente per moderare questo primato²⁹. Una vera e propria *class action* nell'ambito del *greenwashing* fu organizzata nel 2020 contro la *ExxonMobil Company*, accusata di aver sovrastimato altamente il livello del proprio impegno nel campo dell'energia pulita, ingannando i consumatori e violando le normative statali sul tema³⁰.

Infine, testimonia il connubio tra solidarietà e *class action*, il caso dei diritti umani. Si pensi alla “tempesta perfetta” che, verso la metà del Novecento, si creò negli Stati Uniti, stimolando sia le lotte per i diritti civili che lo strumento dell'azione di classe, facendo virtù anche degli insegnamenti degli effetti (limitati) della celebre sentenza *Brown v. Board of Education*³¹, con il suo ap-

²⁷ «*The Paris Agreement sets out a global framework to avoid dangerous climate change by limiting global warming to well below 2°C and pursuing efforts to limit it to 1.5°C. It also aims to strengthen countries' ability to deal with the impacts of climate change and support them in their efforts. The Paris Agreement is the first-ever universal, legally binding global climate change agreement, adopted at the Paris climate conference (COP21) in December 2015. The EU and its Member States are among the close to 190 Parties to the Paris Agreement. The EU formally ratified the agreement on 5 October 2016, thus enabling its entry into force on 4 November 2016. For the agreement to enter into force, at least 55 countries representing at least 55% of global emissions had to deposit their instruments of ratification*», consultabile sul sito della Commissione Europea al seguente link: https://ec.europa.eu/clima/eu-action/international-action-climate-change/climate-negotiations/paris-agreement_it.

²⁸ *Earth Island Institute v. The Coca-Cola Company*, Case No. 2021CA001846B, in the Superior Court of the District of Columbia, Civil Division.

²⁹ «*USA: Environmental NGOs file lawsuit against Coca-Cola, Nestlé, Mars & others over plastic pollution of water resources*», *Business & Human Rights Resource Centre*, per maggiori informazioni visitare il sito: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/usa-environmental-ngos-file-lawsuit-against-coca-cola-nestl%C3%A9-mars-others-over-plastic-pollution-of-water-resources/>. CHRISTINA SPICER, *Coke “World Without Waste” is False Advertising, “Greenwashing”, Says Lawsuit*, in *Top Class Actions, helping right consumer wrongs*, 10 giugno 2021, disponibile al link: <https://topclassactions.com/lawsuit-settlements/consumer-products/beverages/coke-world-without-waste-is-false-advertising-greenwashing-says-lawsuit/>.

³⁰ *District of Columbia Consumer Protection Procedures Act (CPPA)*, DC Official Code §§ 28-3901 to 28-3913.

³¹ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

proccio non *ultra partes*, ma *student-by-student*³². L'impiego della *class action* nella tutela dei diritti umani negli Stati Uniti ha rappresentato, in un certo modo, la fusione tra i diritti legalmente riconosciuti ed assicurati dal diritto internazionale e un rimedio giudiziario domestico (la *Rule 23*)³³. Le cc.dd. *Human Rights Class Actions* sono state largamente impiegate nel secolo scorso e hanno assunto una grande rilevanza soprattutto nelle Corti di diritto internazionale, foro naturale per quelle condotte che maggiormente svisiscono, violano o minacciano la dignità umana e i diritti fondamentali della persona, dall'integrità fisica alla salute e al benessere.

Sulla medesima scia, di particolare interesse sono stati i casi istituiti dalla Corte Europea dei Diritti Umani (CEDU-ECHR, *European Court of Human Rights*) secondo lo schema della «*pilot-judgment procedure*», ossia una procedura che non integra una vera e propria azione rappresentativa, ma porta ai medesimi risultati tramite la definizione del «*pilot-case*»³⁴. Tale meccanismo fu sviluppato a partire dal 1959 – «*as the monstrous shadows of World War II still shrouded the continent*»³⁵ – dalla CEDU al fine di assicurare le migliori garanzie all'enorme numero di ricorsi per le innumerevoli violazioni dei diritti umani che si erano consumate in quei tragici anni. Lo sviluppo di questa procedura è stato importante in quanto – come i *mass torts* del diritto dei consumatori – le violazioni dei diritti umani sono solite essere su vasta scala e coinvolgere numerose vittime, le quali sovente soffrono il mancato accesso alla tutela legale e giudiziaria.

Parimenti, accadde con i casi appartenenti alla c.d. «*holocaust litigation*», vale a dire tutti quei ricorsi azionati dalle vittime dell'Olocausto nel tentativo di ricevere un risarcimento per i danni subiti durante la Seconda guerra mondiale³⁶. In particolare, il filone del lavoro in condizioni di schiavitù assunse la

³² Sul punto cfr. G. SCARCHILLO, *Class action*, cit., p. 30 ss.

³³ B. VAN SCHAACK, *Unfulfilled Promise: The Human Rights Class Action*, in *University of Chicago Legal Forum*, 2003, n. 1, Article 8, p. 297 ss.

³⁴ T. SAINATI, *Human Rights Class Actions: Rethinking the Pilot-Judgment Procedure at the European Court of Human Rights*, in *Harvard Int. L. J.*, 2015, 1, p. 150 ss. Meccanismo, quello dei casi-pilota, che è stato impiegato anche da alcune realtà nazionali per riempire il vuoto legislativo proprio in tema di *class action* e sopperire alla crescente necessità di questo strumento – in primis causata dall'avvento di un sistema capitalistico maturo – come accadde in Austria prima dello sviluppo nella prassi del 'modello austriaco di *class action*'. Sul punto, cfr. G. SCARCHILLO, *Class action*, cit., p. 102.

³⁵ T. SAINATI, *Human*, cit., p. 148 ss.

³⁶ Un caso importante – anche se non relativo ad una *class action* – è quello di un'azione individuale promossa di fronte a una Corte statunitense, per la restituzione di un quadro esposto per più di quarant'anni in un museo di Monaco (Germania), il quale tuttavia era stato – secondo la ricorrente – sottratto nel 1940 dai nazisti ad una famiglia ebrea in Olanda. La vicenda

forma di una *class action*³⁷, così come alcuni casi molto importanti furono quelli delle “banche svizzere” (*The Swiss Bank cases*), in cui, tra il 1996 e il 2000, vennero organizzate quattro *class action* contro le tre più grandi banche svizzere per il loro coinvolgimento con i nazisti durante la guerra e per aver occultato ingenti somme appartenenti ai gerarchi del *III Reich*³⁸.

Volgendo lo sguardo al profilo della sussidiarietà, invece, occorre preliminarmente osservare come, con l’azione di *soft law* dell’Unione Europea, molti Stati Membri si sono dotati di una disciplina per edificare un “modello di *class action*” per la tutela aggregata di interessi superindividuali omogenei, confermando così il valore che ha uno strumento come quello del ricorso collettivo per il «*processo di integrazione europea*», in quanto si pone perfettamente in linea proprio con lo spirito di uno dei più importanti principi di derivazione comunitaria: il *principio di sussidiarietà*.

La sussidiarietà viene espressa in senso verticale (o istituzionale) all’interno del Trattato sull’Unione Europea; viene espressa in senso sia verticale che orizzontale (o sociale) all’interno dell’art. 118 Cost. Rappresenta, pertanto, un diritto fondamentale del diritto eurounitario, trasposto anche nei singoli ordinamenti nazionali³⁹.

La trattazione circa l’efficacia di questi diritti fondamentali nei confronti degli individui, o da parte di essi contro lo Stato o altri privati, viene sovente sviluppata attraverso l’impiego del concetto giuridico – derivante dal diritto costituzionale tedesco – del c.d. «*Drittwirkung*» (anche noto come *third party effect*), che segue la teoria per cui la c.d. «Costituzione Economica» pone obbligazioni legalmente vincolanti sulle interrelazioni di diritto privato tra gli individui⁴⁰, nelle proprie relazioni *inter se*⁴¹.

è stata resa celebre anche dal film del 2015 «*Woman in gold*», con la regia di Simon Curtis e la partecipazione del premio Oscar Helen Mirren, nel ruolo protagonista. Sul tema, cfr. G. SCARCHILLO, *Class action*, cit., p. 41; C. MOYNIHAN, A. SMALE, *Heirs Sue for Return of a Kandinsky, Saying It Was Looted by Nazis*, in *The New York Times*, 3 marzo 2017.

³⁷ L. ORLAND, *A final Accounting: Holocaust Survivors and Swiss Banks*, in *Carolina Academic Press*, 2010, p. 620 ss.

³⁸ UC HASTINGS LAW, *UC Hastings Law Academic Dean and Professor Morris Ratner played a critical role in the historic litigation and settlement process of Holocaust-era class actions against Swiss banks*, in *Connecting Past and Present in Holocaust-Era Class Actions*, 26 aprile 2019, disponibile al link: <https://www.uchastings.edu/2019/04/26/morris-ratner-holocaust-era-class-actions-swiss-banks/>.

³⁹ Sul tema dei diritti fondamentali in Europa e la loro attuazione nel prisma del diritto privato, si veda F. CAGGIA, G. RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 2019; G. ALPA, G. CONTE (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Torino, 2018. F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell’Unione Europea e il diritto privato*, Roma, 2016.

⁴⁰ Sul punto, si veda A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell’Unione*

Tale teoria prefigura due possibili scenari a seconda di quale effetto si va a riconoscere al principio: da una parte, abbiamo un approccio «indiretto» (c.d. *mittelbare Drittwirkung*), e, dall'altra parte, abbiamo la possibilità per i singoli soggetti privati di pretendere la tutela di questi diritti fondamentali – nel contesto di un rapporto tra privati – sulla base della regola costituzionale, attraverso un approccio «diretto» (c.d. *unmittelbare Drittwirkung*)⁴².

Con riguardo al secondo scenario, la Corte costituzionale italiana è sempre stata cauta per quanto riguarda l'applicazione di norme della Carta fondamentale a relazioni tra privati⁴³, preferendo sempre un approccio «indiretto», il quale esclude che i singoli cittadini debbano considerare vincolanti questi diritti nelle loro interrelazioni, spingendo piuttosto a tutelare questi valori tramite l'influenza che le norme della Costituzione hanno sul diritto privato, principalmente attraverso l'interpretazione di clausole generali come «buon costume» e «buona fede».

Parallelamente, la *class action* è un istituto di natali lontani ma anche di regolamentazione europea (con meccanismi di *soft law*), trapiantato all'interno dei singoli ordinamenti nazionali (con meccanismi di *hard law*) e costituisce un'attuazione pratica del principio di sussidiarietà e di come, per la tutela degli interessi economici nonché per il rispetto delle norme del sistema economico, sia preferibile ed incentivato l'agire dei singoli cittadini come privati danneggiati o interessati alla garanzia e tutela di un certo bene (ambiente, patrimonio culturale, ecc.).

Si può ipotizzare allora l'applicazione del principio costituzionale ed europeo di sussidiarietà all'istituto di diritto privato della *class action*.

Più specificamente, riservando a questo strumento (*class action*) e a questo principio (sussidiarietà) i ragionamenti elaborati dalla letteratura giuridica in merito alla c.d. costituzionalizzazione del diritto privato⁴⁴, si potrebbe giunge-

europa. (*Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico*, in F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione Europea e il diritto privato*, cit., p. 9 ss.

⁴¹ E. ENGLE, *Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)*, in *Hanse Law Review*, vol. 5, n. 2, p. 165 ss.; si veda, inoltre, per una comparazione tra diversi ordinamenti sull'importanza delle norme e riforme costituzionali sul piano economico e del loro effetto sul mercato (con particolare attenzione per le regole elettorali e forme di governo), T. PERSSON, G. TABELLINI, *The Economic Effects of Constitutions*, Cambridge (MA), 2003. Da ultimo, sul tema dell'immanenza del concetto di solidarietà costituzionale nei rapporti tra privati e sull'accreditamento, nei modelli europei, dell'idea che anche nel diritto privato, e più precipuamente, nell'ambito della disciplina del contratto, sia possibile dare ampia tutela ai diritti fondamentali, si veda G. ALPA, *Solidarietà*, cit., p. 231 ss.

⁴² C. MAK, *I diritti fondamentali nel Draft Common Frame of Reference* (traduzione a cura di Andrea Benvenuti), in G. ALPA, G. CONTE (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Torino, 2018, pp. 561 ss.; E. ENGLE, *Third Party*, cit.

⁴³ G. ALPA, *Tradition and Europeanization in Italian Law*, London, 2005, p. 52 ss.

⁴⁴ La costituzionalizzazione del diritto privato, nel senso di un allineamento del diritto pri-

re ad interpretare il “diritto ad agire collettivamente” come espressione dell’applicazione diretta di un diritto fondamentale (ossia diritto all’agire sussidiario nella realtà del diritto contrattuale privato). E si può intendere quindi la sussidiarietà nel diritto privato, tramite *class action*, come espressione di quella costituzione economica che impiega lo strumento del *Drittwirkung* (di tipo orizzontale diretto).

Si tratterebbe, così, in caso di risposta positiva, di attribuire ad ogni individuo (*rectius*: gruppo di individui danneggiati dal medesimo evento) la possibilità di pretendere l’accesso ad un mezzo aggregato di tutela degli interessi superindividuali omogenei, sulla base del principio costituzionale ed europeo di sussidiarietà, il quale assicurerebbe ad ognuno di poter agire autonomamente ove non sia strettamente necessario l’intervento pubblico. In questa nuova prospettiva sarebbero di certo scongiurati i rischi associati alle situazioni di ostacolo all’accesso della giustizia collettiva, come si è verificato per il famoso caso *Schrems v. Facebook Vol. II*, il cui esito è stato provocato proprio dal fatto che l’Irlanda non si è mai voluta dotare di una disciplina sull’azione di classe. Trattasi sicuramente di un impiego dell’ermeneutica giuridica piuttosto forte, andando a sovvertire le stesse disposizioni di un paese e il modo in cui queste prevedono od escludono l’azione di classe, con una condotta che prospetterebbe un concreto rischio circa l’impiego tanto poderoso di questo principio generale da portare ad una “tirannia dei valori”; infatti, in una tale ipotesi il giudice – per garantire l’applicazione diretta del principio di sussidiarietà ed assicurare l’accesso alla giustizia – potrebbe stravolgere la volontà negoziale originaria delle parti nonché quella dello stesso legislatore⁴⁵.

Resta, invece, sempre percorribile e non particolarmente fantasiosa la via di un’applicazione indiretta del principio di sussidiarietà, che vada così a sti-

vato ai diritti fondamentali e ai principi, ha alcune potenzialità per fornire una rotta («to provide a route») alla giustizia sociale nel diritto privato europeo; allineamento da realizzarsi attraverso non già l’effetto diretto orizzontale, ma con una versione abbastanza forte dell’effetto indiretto orizzontale («a fairly strong version of indirect horizontal effect»). A tal proposito, si veda il saggio di H. COLLINS, *The constitutionalization of European private law as path to social justice?*, in H.W. MICKLITZ (a cura di), *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, Cheltenham, 2011, p. 133 ss. e, *ex multis*, cfr. H. AZ, *The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe*, in M. ANDENAS, N. ANDREW e M. TAMARUYA (a cura di), *Legal Studies Research, Paper Series*, University of Cambridge, Paper n. 13/2011; S. GRUNDMANN (a cura di), *Constitutional Values and European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, 2008; M.W. HESSELINK, C. MAK, J.W. RUTGERS, *Constitutional Aspects of European Private Law: Freedoms, Rights and Social Justice in the Draft Common Frame of Reference*, Center for the Study of European Contract Law, Working Paper Series n. 2009/05.

⁴⁵Sul tema si veda G. SCARCHILLO, *L’interpretazione delle clausole generali e il running the business giurisprudenziale. Spunti di diritto comparato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 4, p. 596 ss.

molare e guidare l'interpretazione verso una più ampia concessione possibile dello strumento di tutela aggregato, proprio in forza dei principi contenuti nell'art. 5, par. 3, del Trattato sull'Unione Europea e – in Italia – nell'articolo 118, comma 4, Cost.

Da ultimo, considerati i nuovi spazi in cui la *class action* ha trovato domicilio, al fine di soddisfare un'esigenza di tutela richiesta da molti individui nel mondo moderno sulla base di istanze di solidarietà, non si può non fare un riferimento al tema della tutela e protezione dei dati personali: la *privacy*.

Recentissimamente, infatti, la sentenza della III Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-319/20 del 28 aprile 2022 ha rappresentato un interessante ed importante intervento giurisprudenziale, sia in tema di ricorsi collettivi sia di tutela (collettiva) dei dati personali all'interno dell'Unione. Tale decisione, nello specifico, aveva come oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte di Giustizia federale tedesca (*Bundesgerichtshof*) sull'interpretazione dell'art. 80, parr. 1 e 2, e dell'art. 84, par. 1, del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione dei dati personali per le persone fisiche nonché alla libera circolazione di tali dati⁴⁶, cioè il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (meglio noto come *GDPR*)⁴⁷.

La domanda è stata presentata nell'ambito della controversia tra *Meta Platforms Ireland Limited* (già *Facebook Ireland Limited*) e l'Unione federale delle centrali e delle associazioni di consumo tedesche (*Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*)⁴⁸, in merito alla condotta della società Meta, che si asseriva essere in violazione della normativa nazionale tedesca in materia di protezione dei dati personali, nonché al tempo stesso considerata una pratica commerciale sleale⁴⁹, una violazione di una legge in materia di tutela dei consumatori e una violazione del divieto di utilizzazione di condizioni generali di contratto nulle⁵⁰.

⁴⁶ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE.

⁴⁷ *G.U. L 119* del 2016, p. 1; disponibile al link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:119:FULL>.

⁴⁸ Maggiori informazioni possono rinvenirsi su <https://www.vzbv.de/>.

⁴⁹ Art. 3, par. 1, del *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (legge contro la concorrenza sleale), del 3 luglio 2004 (BGB1. 2004 I, p. 1414), il quale statuisce che «*Commette un atto sleale colui il quale violi una disposizione di legge che sia altresì destinata a disciplinare il comportamento sul mercato nell'interesse dei soggetti partecipanti al mercato stesso, nel caso in cui la violazione sia idonea a pregiudicare in maniera sensibile gli interessi dei consumatori, di altri soggetti partecipanti al mercato o dei concorrenti*».

⁵⁰ Art. 2 del *Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstö-*

Riassumendo le determinazioni della Corte sulla questione sollevata, si evince come – secondo il giudice di rinvio pregiudiziale – l’art. 80, par. 2, del GDPR deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale che consente ad un’associazione di tutela degli interessi dei consumatori di agire in giudizio, in assenza di un mandato che le sia stato conferito a tale scopo e indipendentemente dalla violazione di specifici diritti degli interessati, contro il presunto autore di un atto pregiudizievole per la protezione dei dati personali, facendo valere la violazione del divieto di pratiche commerciali sleali, la violazione di una legge in materia di tutela dei consumatori o la violazione del divieto di utilizzazione di condizioni generali di contratto nulle, qualora il trattamento di dati in questione sia idoneo a pregiudicare i diritti riconosciuti da tale regolamento a persone fisiche identificate o identificabili.

L’arresto giurisprudenziale ha dei rilevanti e chiari risvolti in tema di *collective redress*, proprio avendo riconosciuto – come si è appena rilevato – la legittimazione delle associazioni a tutela dei consumatori ad avviare azioni inibitorie contro «presunte» lesioni ai diritti correlati alla protezione dei dati personali (c.d. *privacy*), attraverso l’interpretazione dell’art. 80 del GDPR⁵¹.

Oltre all’aspetto soggettivo della legittimazione, un ulteriore elemento distintivo è costituito dalla possibilità di esercitare tali azioni anche in assenza di una delega specifica, vale a dire a prescindere dall’identificazione di una persona fisica danneggiata, nonché dalla possibilità di agire anche in via preventiva, ossia indipendentemente da un danno concretamente patito, dunque prevedendo potenzialmente una fattispecie di danno evento (c.d. danno *in re ipsa*), non necessitando della componente effettiva della lesione, necessaria invece per la concretizzazione del c.d. danno conseguenza.

Ben (Unterlassungsklagengesetz – UKlaG) (legge relativa alle azioni inibitorie in caso di violazioni della normativa a tutela dei consumatori e di altre violazioni), del 26 novembre 2001 (BGBl. 2001 I, p. 3138), per il quale «*Chiunque, con modalità diverse dall’applicazione o dalla raccomandazione di condizioni generali di contratto, violi disposizioni volte a tutelare i consumatori (leggi sulla tutela dei consumatori), può essere soggetto a un’ingiunzione di astensione dalla condotta lesiva per l’avvenire nonché ad un ordine di cessazione immediata della condotta lesiva nell’interesse della tutela dei consumatori [...]*».

⁵¹ Per i primi commenti alla sentenza *de quo*, cfr. M. BORGABELLO, *Class action privacy, via libera della Corte di giustizia UE alle associazioni di consumatori*, in *Cybersecrity* 360, maggio 2022, disponibile al link: <https://www.cybersecurity360.it/news/class-action-privacy-via-libera-della-corte-di-giustizia-ue-alle-associazioni-di-consumatori/>; A.C. MESSINA, *Corte di Giustizia UE, via libera alla class action privacy*, in *privacyitalia.eu*, aprile 2022, disponibile al link: <https://www.privacyitalia.eu/corte-di-giustizia-ue-via-libera-alla-class-action-privacy/16666/>; A. SPANGARO, *La Corte di giustizia europea ammette l’azione delle associazioni rappresentative dei consumatori a tutela dei dati personali*, in *Norme & Tributi Plus Diritto – Il Sole 24 Ore*, maggio 2022, disponibile al link: <https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/la-corte-giustizia-europea-ammette-azione-associazioni-rappresentative-consumatori-tutela-dati-personali-AEsQMiaB>.

Ancora, degna di particolare attenzione è l'osservazione della Corte relativamente al valore dell'azione superindividuale per la sua capacità di dare una maggiore effettività alla tutela prevista dal GDPR, permettendo alle norme sulla *privacy* di avere una garanzia più certa ed efficace.

Conseguentemente, contrariamente alla *policy* della Commissione in tema di azioni collettive, i giudici di fatto rendono possibile un meccanismo di *opt-out* di considerevole entità. Proprio quest'ultimo rilievo potrebbe rivelarsi davvero rivoluzionario, se si pensa che finora la direzione unionale era caratterizzata da un consolidato *favor* nei confronti del sistema dell'*opt-in*.

In definitiva, alla luce della sentenza del 2022, possiamo affermare che l'art. 80, comma 2, del GDPR non osta ad una normativa nazionale che consente ad un'associazione di tutela degli interessi dei consumatori di agire in giudizio, in assenza di un mandato che le sia stato conferito a tale scopo e indipendentemente dalla violazione di specifici diritti degli interessati, contro il presunto autore di un atto pregiudizievole per la protezione dei dati personali, facendo valere la violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette, la violazione di una legge in materia di tutela dei consumatori o la violazione del divieto di utilizzazione di condizioni generali di contratto nulle, qualora il trattamento di dati in questione sia idoneo a pregiudicare i diritti riconosciuti da tale regolamento a persone fisiche identificate o identificabili. Pertanto, anche la designazione di una categoria o di un gruppo di persone pregiudicate da tale trattamento può essere sufficiente ai fini della proposizione di tale azione rappresentativa (sostanzialmente appunto tramite un meccanismo generalizzato di *opt-out*).

Tutto ciò, tra l'altro, trova un ancoraggio giuridico negli scopi di certezza e di diffusa e omogenea applicazione della normativa eurounitaria sulla tutela dei dati personali, come si evince anche dalla lettera del considerando 10 del regolamento stesso, per il quale «[A]l fine di assicurare un livello coerente ed elevato di protezione delle persone fisiche e [di] rimuovere gli ostacoli alla circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione, il livello di protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche con riguardo al trattamento di tali dati dovrebbe essere equivalente in tutti gli Stati membri. È opportuno assicurare un'applicazione coerente e omogenea delle norme a protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali in tutta l'Unione. (...)».

6. Considerazioni conclusive

Negli ultimi anni sono apparse altre “storie” della tutela aggregata di interessi superindividuali omogenei, in molti casi limitate a panorami nazionali,

nelle quali il tema è stato affrontato vuoi dalla prospettiva dell'oggetto vuoi del progetto ovvero delle filosofie progettuali. Nonostante ciò, a queste storie va comunque riconosciuta una propria utilità e legittimità.

Ciò da cui ci si dovrebbe guardare, evidentemente, è la tentazione di isolare la *class action* rispetto al ben più ampio terreno nel quale essa nasce e vive, di rinchiuderla all'interno dei suoi confini disciplinari e professionali, peraltro incerti, costringendola così a fare i conti unicamente con sé stessa e a dimenticare le sue motivazioni più profonde e lontane.

Si dirà che ogni storia deve ritagliare accuratamente il proprio campo di intervento, se non vuole allontanarsi dall'argomento principale, il che è vero.

Ma nel caso della *class action* non bisognerebbe mai dimenticare – ne sono fortemente convinto – che stiamo parlando di progettazione culturale (dello strumento giuridico), definizione nella quale il criterio della forma e dell'efficacia non solo fissa la natura intima del fenomeno da studiare, ma lo lega altresì, in un complicato intreccio, alla più vasta realtà della nostra esperienza quotidiana. In ciò restano esempi privilegiati, per un verso, il dibattito tuttora in corso intorno alle origini storico-culturali (e antropologiche) dell'istituto, e, per un altro, la maggiore attenzione ed il livello di approfondimento che gli studiosi della disciplina hanno dedicato e continuano a dedicare alle problematiche insite nelle proprie ricerche.

Per il comparatista, in particolare, la *class action* rappresenta anche un ponte culturale e giuridico tra i mondi di *common law* e di *civil law*, capace di unire tra loro le differenti individualità, sia nel loro rapporto con la collettività sia nella loro dimensione autonoma di singoli avulsi dal contesto sociale in cui, però, debbono necessariamente operare.

Tenuto conto di ciò, l'idea di assumere la multiformità del fenomeno come fondamento di una narrazione impegnata fin dove possibile ad illustrarla nelle sue intricate articolazioni, può essere considerata un buon avvio per la messa a punto di un modello metodologico e culturale sufficientemente solido, e comunque tale da sopportare le inevitabili scelte e le esclusioni che esso comporta.

Alla dignità e alla solidarietà come punti di riferimento pertinenti e plausibili, oltre che indelebili, va riconosciuta la polivalenza che le mette al riparo da una frettolosa riduzione a semplici concetti astratti. In realtà, nel vivo dell'indagine, si sono dimostrate preziose chiavi per comprendere gli aspetti più sostanziali della tematica, anche quando si rischiava di perderne le tracce nel labirinto delle opinioni, delle ideologie e dei convincimenti degli interpreti.

S'impone in quest'ottica la centralità della formazione – comparatistica – del giurista.

Si tratta di un aspetto fondamentale affinché possa ricrearsi una consapevolezza della *class action*, tale per cui si possa giungere ad una vera e propria cultura di *class action*. Su tale tematica, infatti, è prevalsa – forse – nel dibatti-

to giuridico interno la dimensione eminentemente processual-civilistica del fenomeno, con una tendenza della dottrina a concentrarsi più sulle divergenze che sulle convergenze tra i vari sistemi giuridici (di tutela), con un consequenziale scarso *appeal* verso lo strumento giuridico collettivo.

È mancato, in realtà, quel substrato culturale necessario affinché potesse giungersi ad una maggiore conoscenza di tale istituto, incentivando così un nuovo approccio culturale al fenomeno eterogeneo, sfaccettato e cangiante rappresentato dalla *class action*, quale strumento giuridico ormai internazionale.