

Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito

1. – *La giustizia civile come strumento di deterrenza*

Da qualche tempo a questa parte si vanno intensificando le indicazioni nel senso che anche in Europa, come già da tempo accade negli Stati Uniti, almeno una parte delle funzioni di deterrenza delle condotte illecite tradizionalmente attribuite alla giustizia penale sia svolta invece dalla giustizia civile ⁽¹⁾. Tale indicazione sembra potersi considerare particolarmente apprezzabile ai fini delle riforme della giustizia civile italiana, per la sua coerenza con altre relativamente recenti scelte di fondo, e soprattutto con quelle concernenti il processo penale.

Anche se la commistione di funzioni tipica dell'ordinamento statunitense è colà la conseguenza anche di una ulteriore serie di opzioni in tema di organizzazione del potere in generale e delle istituzioni giudiziarie in particolare – tali da assicurare una più ampia partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia, al prezzo però di un minor grado di specializzazione degli uffici giudiziari ⁽²⁾ –, non si può nascondere infatti che la semplice svolta in favore del modello di processo penale c.d. accusatorio (ancorché in una versione attenuata o mista) e fortemente garantistico è già sufficiente a giustificare – onde evitare lacune di tutela – l'incremento delle funzioni di deterrenza delle condotte illecite esercitabili in sede civile ⁽³⁾.

D'altronde vi sono sempre stati, anche negli ordinamenti appartenenti alla tradizione romanistica, settori del contenzioso civile e della disciplina della responsabilità civile ispirati da obiettivi ulteriori rispetto a quelli della mera compensazione, sicché tali evoluzioni non segnano una drastica soluzione di continuità con il passato. Inoltre, in alcuni altri settori – in particolare quelli di nuova emersione – le dinamiche della globalizzazione economica finiscono per rendere necessaria la formazione di norme sovranazionali elaborate presso i sistemi economici dominanti, e dato che i protagonisti di tali sistemi sono inevitabilmente influenzati in maniera preminente dalla cultura giuridica nordamericana, tali norme tendono naturalmente ad accentuare lo slittamento in favore della prospettiva civilistica dei metodi di prevenzione delle condotte illecite ⁽⁴⁾.

2. – *Gli strumenti di deterrenza civilistici*

I principali strumenti civilistici preposti a funzioni di deterrenza sono tre: l'inibitoria assistita da misure coercitive, i danni punitivi e le azioni collettive.

Il primo tipo di strumento assolve finalità di deterrenza assai limitate: l'assoggettamento a sanzioni pecuniarie indipendenti dalla prova del danno arrecato dalla condotta illecita concerne solo condotte già specificamente vietate da un provvedimento giurisdizionale. Tuttavia, anche se non si è ancora affermata del tutto l'idea della (almeno tendenziale) generalità dell'ambito di applicazione dello strumento, sono innegabilmente sempre più numerose – per effetto delle influenze appena menzionate – le ipotesi in cui la legge conferisce al giudice civile il potere di innescare il meccanismo in parola, abbandonando il tradizionale principio per cui *nemo precise ad factum cogi potest* ⁽⁵⁾.

In materia di danni punitivi è tuttora diffusa l'idea della loro contrarietà all'ordine pubblico ⁽⁶⁾, ma l'osservazione del diritto positivo sembra consentire in realtà di discernere varie fattispecie in cui già oggi in Italia la quantificazione della sanzione pecuniaria civile è correlata non al pregiudizio economico inflitto

⁽¹⁾ V. in particolare il Libro Verde della Commissione delle Comunità Europee *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, approvato il 19 dicembre 2005, e seguito dal parere favorevole del Comitato economico e sociale europeo del 26 ottobre 2006 (v., per un primo commento al Libro Verde, BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2006, p. 321 ss.).

⁽²⁾ Nella prospettiva storica v. ampiamente DAMASKA, *Faces of justice and state authority*, New Haven, Connecticut, 1986, tr. it. *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, 1991, p. 83 ss.

⁽³⁾ Cfr. anche, in via più generale, le considerazioni di STELLA, *Il rischio da ignoto tecnologico e il mito delle discipline*, in *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, 2005, p. 3 ss. e spec. p. 19.

⁽⁴⁾ Sulle ragioni della espansione dei modelli giuridici americani e sulle sue modalità v., per es., già FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000, pp. 87 ss. e ancora FERRARESE, *Diritto sconfinato*, Bari 2006, p. 86 ss. (e v. anche quanto narra GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 77ss.).

⁽⁵⁾ V., per es., le fattispecie discusse in AMADEI, *Tutela esecutiva ed azione inibitoria delle associazioni dei consumatori*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2003, p. 326 ss.; ID., *Le disposizioni processuali del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231: la tutela degli interessi collettivi e le modifiche al procedimento d'ingiunzione (seconda parte)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 897 ss.

⁽⁶⁾ V., per es., le decisamente troppo radicali affermazioni di Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1460 ss., con nota di PONZANELLI, e in *Corr. giur.*, 2007, p. 497 ss., con nota di FAVA.

dall'illecito, ma – in funzione di stretta deterrenza – alla riprovevolezza della condotta del suo autore ⁽⁷⁾. Anche in tale settore, dunque, la tendenza evolutiva – benché meno esplicitamente ispirata dalle dinamiche della globalizzazione – risulta essere nel senso di una progressiva espansione delle funzioni di deterrenza delle condotte illecite svolte dalla giustizia civile.

Dal punto di vista dello studioso del processo è poi di particolare interesse l'evoluzione della disciplina dell'azione collettiva. Le moderne discipline dell'azione collettiva, infatti, costituiscono un metodo per superare ostacoli di fatto all'accesso alla giustizia, assicurando economie di scala nella gestione del contenzioso civile, largamente giustificato anche da finalità di deterrenza delle condotte illecite.

3. – *Il problema dell'illecito seriale*

Il punto di partenza dell'analisi comunemente svolta in proposito è rappresentato dall'osservazione che se una condotta illecita lede le situazioni di vantaggio di un gran numero di persone, la tutela di tali situazioni secondo le regole ordinarie può essere resa di fatto impossibile dalla asimmetria delle poste in gioco fra le parti ⁽⁸⁾.

Dato, infatti, che il precedente sfavorevole nelle controversie di serie – aventi cioè ad oggetto pretese omogenee nei confronti di uno stesso soggetto –, anche se formalmente solo persuasivo e non vincolante, ha un'influenza decisiva, per il responsabile della condotta illecita (c.d. parte abituale) il valore della domanda giudiziale proposta da una qualsiasi delle sue vittime (c.d. parte occasionale) corrisponde approssimativamente al valore della somma di tutte le domande proponibili contro di lui sulla base delle stesse premesse giuridiche e fattuali. Considerato inoltre che il processo civile viene alimentato dalle iniziative delle parti in modo da poter infliggere all'avversario costi non ripetibili (anche nel regime del *victus victori*), ne consegue che per la parte abituale – per la quale in tali occasioni è dato fruire di consistenti economie di scala – può essere ragionevole, se convenuta in giudizio dalla parte occasionale, investire nella causa somme tali da infliggerle costi non ripetibili superiori al valore della sua pretesa: anche la tutela di pretese di valore ragguardevole può dunque risultare di fatto economicamente insostenibile – e quindi assumere un valore attuale negativo – ove presenti i caratteri della serialità.

Ancorché si possa pensare che le pretese aventi valore attuale negativo siano in quanto tali non meritevoli di tutela, l'opinione preferibile è nel senso opposto, in base a considerazioni sia giuridiche sia economiche. Sotto il primo profilo è invero sufficiente ricordare che in queste pagine si è partiti dalla premessa che la giustizia civile possa risultare preferibile rispetto a quella penale, come strumento di deterrenza, proprio per colmare le lacune di tutela cui quest'ultima è costituzionalmente soggetta. Sotto il secondo profilo, si deve riconoscere che la circostanza che le pretese seriali possano assumere in quanto tali valore attuale negativo produce distorsioni allocative penalizzanti per la competitività del sistema economico.

⁽⁷⁾ Un esempio di recentissimo conio è rappresentato dalla novellazione dell'art. 385 c.p.c. da parte del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 (sul tema si conceda un rinvio a DONDI, GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 193 ss.); ma v. anche già l'art. 12 l. 8 febbraio 1948, n. 47 (per una recente applicazione del quale v. Cass. 7 novembre 2000, n. 14485, in *Giur. it.* 2001, p. 1360 ss. con nota di BAROLI, e in *Danno e resp.*, 2001, I, p. 29 ss., con nota di CARBONE; sull'inquadramento di tale fattispecie v. anche già, per es., anche per ulteriori riferimenti, BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle pene private*, in BUSNELLI, SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 3 ss.; BIANCA, *Riflessioni sulla pena privata*, *ivi*, p. 407 ss.; ZENO-ZENCOVICH, *Il risarcimento esemplare per diffamazione nel diritto americano e la riparazione pecuniaria ex art. 12 legge sulla stampa*, in *Resp. civ. prev.*, 1983, p. 40 ss.; CENDON, *Pena privata e diffamazione*, in *Pol. dir.*, 1979, p. 149 ss.); se a ciò si aggiunge che i punitive damages del diritto statunitense non sono affatto indeterminati nel limite massimo, né privi di proporzione con il danno patrimoniale (come si è chiarito in giurisprudenza almeno a partire dal caso *BMW of North America v. Gore*, 517 U.S. 559, 1996, anche in *Foro it.*, 1996, IV, c. 421 ss., con nota di PONZANELLI), si deve riconoscere che la loro contrarietà all'ordine pubblico dipenderebbe esclusivamente dalla loro applicabilità in via generale anziché solo in casi particolari (così, da ult., D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 383 ss.), il che varrebbe però a dire che sia contro l'ordine pubblico qualsiasi disposizione difforme dal diritto nazionale (v., per es., per l'osservazione che un istituto non può essere contrario all'ordine pubblico soltanto perché di applicazione generale anziché limitata a casi tipici, ancorché da tale generalità possa derivare un significativo mutamento delle funzioni dell'istituto, ed anche per ulteriori riferimenti, Cass. 28 maggio 2004, n. 10378; in senso generalmente favorevole alla riconoscibilità delle condanne in discorso cfr. inoltre, per es., anche per ulteriori riferimenti, BROGGINI, *Compatibilità di sentenze straniere di condanna al risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 479 ss.; da ult., SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 531 ss.).

⁽⁸⁾ Sul tema si permetta un rinvio, anche ai fini dei riferimenti bibliografici, a GIUSSANI, *Il consumatore come parte debole nel processo civile tra esigenze di tutela e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 525 ss.

Naturalmente l'ostacolo viene meno se le parti occasionali si coalizzano per esercitare assieme i loro diritti. La teoria delle decisioni razionali ha però dimostrato da tempo che questa soluzione è tanto meno praticabile quanto più il gruppo degli interessati è ampio e socialmente disperso (salvi gli effetti, di cui si tratterà fra breve, della loro percezione della propensione al comportamento cooperativo dei cointeressati): pertanto la lacuna di tutela tende ad essere tanto meno colmabile tramite l'organizzazione spontanea degli interessati quanto più sono diffusi i danni prodotti dall'illecito (e, conseguentemente, ampi i profitti del suo autore e i relativi effetti distorsivi dell'allocazione delle risorse).

Ovviamente ciò non impedisce che una vittima dell'illecito si faccia unilateralmente carico del problema e accetti un risultato economico negativo pur di far valere il suo diritto, aprendo così la strada agli altri. Dato però che – come disse un poeta – è fortunato il paese che non ha bisogno di eroi ⁽⁹⁾, si ritiene di solito indispensabile introdurre incentivi alla proposizione della domanda giudiziale nelle situazioni in discorso, in modo da non dover fare affidamento su atti di eroismo irrazionale.

4. – *Le azioni a tutela di interessi collettivi*

La tecnica incentivante da tempo affermata in Europa consiste nel configurare, in presenza di tali fattispecie, una situazione sostanziale di vantaggio di portata superindividuale, concorrente con quelle dei singoli componenti del gruppo degli interessati, imputata *ex lege* ad associazioni rappresentative della categoria (di solito riconosciute come tali in sede amministrativa), tutelabile in via fondamentale inibitoria, e denominata interesse collettivo ⁽¹⁰⁾. Il principale incentivo a far valere l'interesse collettivo è costituito dal ritorno d'immagine dell'associazione presso i componenti della categoria interessata, a cui si può credere che possa seguire anche un ritorno in termini finanziari sotto forma di contribuzioni spontanee.

Si tratta però di un sistema non del tutto efficiente sotto diversi profili. Alcuni aspetti di inefficienza sono invero rimediabili senza incidere sull'impostazione di fondo del meccanismo: selezionare i legittimati in sede amministrativa non permette di verificare in concreto la qualità del loro operato in favore della categoria, ma il controllo amministrativo può essere sostituito da un controllo, potenzialmente più accurato da tale punto di vista, in sede giurisdizionale; ammettere la sola tutela inibitoria non consente di risarcire le vittime dell'illecito, e ciò attenua notevolmente le potenzialità di deterrenza delle condotte illecite attribuibili all'istituto, ma la possibilità che si richieda, oltre al risarcimento del danno all'interesse collettivo, anche la condanna al risarcimento dei danni sofferti dai singoli componenti del gruppo interessato può essere introdotta nell'ordinamento senza eccessive difficoltà (con le garanzie di cui si dirà fra breve).

Altre inefficienze sono però connaturate all'opzione di configurare un interesse collettivo tutelabile su iniziativa di un'associazione rappresentativa della categoria degli interessati. Un primo elemento problematico consiste nell'operatività *secundum eventum litis* della decisione nei confronti dei componenti del gruppo: dato che la soddisfazione dell'interesse collettivo alla inibitoria della condotta illecita soddisfa anche il loro eventuale diritto soggettivo a inibirli, gli effetti favorevoli dell'accoglimento della domanda si producono anche nei loro confronti, qualificandosi, secondo alcune letture, come pieni effetti di giudicato, mentre gli effetti del rigetto della stessa domanda non sono opponibili ai singoli interessati, né, secondo l'interpretazione prevalente, alle altre associazioni collegittimate ⁽¹¹⁾.

In prima battuta può sembrare che questo meccanismo sia inaccettabile per la sua iniquità nei confronti del convenuto – i componenti del gruppo possono opporgli il giudicato a loro favorevole senza avere corso il rischio di vedersi opporre quello favorevole – ma questa asimmetria, oltre a costituire un fenomeno tutt'altro che anomalo, non è di fatto davvero pregiudizievole per la controparte del gruppo, poiché la reiterazione nei suoi confronti di un'iniziativa giudiziaria risultata perdente nel merito è sommamente improbabile, in considerazione della già menzionata portata persuasiva decisiva del precedente formatosi su identiche questioni giuridiche e fattuali. La circostanza che per la controparte del gruppo la decisione sfavorevole produca effetti *ultra partes* ancora più intensi di quelli derivanti dalla sua efficacia persuasiva risulta però rilevante ai fini della configurazione degli incentivi: l'interesse ad avvalersi di una strategia processuale intimidatoria, investendo somme consistenti per impedire o procrastinare al massimo la pronuncia di una decisione sfavorevole, diventa ancora più intenso di quanto sia quando agisca un singolo

⁽⁹⁾ BRECHT, *Leben des Galilei*, sc. XIII.

⁽¹⁰⁾ Per ampi riferimenti in proposito si permetta un nuvo rinvio a GIUSSANI, *The "Verbandsklage" and the class action: two models for collective litigation*, in STORME (a cura di), *Procedural laws in Europe towards harmonization*, Antwerp, 2003, p. 389 ss.

⁽¹¹⁾ Per ampi riferimenti su tali questioni v., per es., CHIARLONI, *Appunti sulle tecniche di tutela collettiva dei consumatori*, in CHIARLONI, FIORIO (a cura di), *Consumatori e processo. La tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, Torino, 2005, pp. 9 ss.

componente del gruppo; si accentua, quindi, la asimmetria delle poste in gioco cui si devono gli ostacoli di fatto all'accesso alla giustizia al cui superamento l'azione collettiva dovrebbe essere preposta.

Il secondo elemento problematico consiste nella discrepanza tra gli interessi dei componenti della categoria di riferimento e quelli propri dell'associazione: i primi sono interessati anzitutto alla soddisfazione delle loro situazioni di vantaggio individuali, mentre alla seconda interessa soprattutto il potenziale impatto mediatico dell'iniziativa giudiziaria, da cui dipende il ritorno finanziario in termini di contribuzioni spontanee. Se oltre a ciò si considera che l'impatto mediatico dell'iniziativa si può sfruttare già a seguito della proposizione della domanda, e che la lite può essere poi abbandonata senza che la controparte abbia interesse a opporsi all'abbandono o a darne notizia (anche dare notizia del rigetto della domanda, infatti, non rappresenta comunque una buona operazione di immagine), si capisce facilmente che per le associazioni l'apparenza di fondatezza delle loro iniziative giudiziarie è quasi del tutto irrilevante, e che la loro legittimazione ad agire di rado procura effettivi benefici ai componenti della categoria di riferimento e spesso determina invece gravi dispersioni delle risorse giurisdizionali.

5. – *Le class actions*

Un diverso metodo per affrontare il problema della serialità si è invece sviluppato nell'ordinamento statunitense, per poi espandersi negli altri sistemi di *common law* e, di recente, seppure con vari adattamenti, anche in alcuni sistemi di derivazione romanistica: quello della *class action* ⁽¹²⁾.

L'elemento chiave di tale meccanismo è costituito da una struttura di incentivi diretta a permettere agli avvocati di far valere, sulla base di un provvedimento giurisdizionale endoprocessuale concesso essenzialmente (semplificando) a condizione che non sussistano conflitti d'interesse, i diritti dei componenti della categoria interessata senza bisogno di ricevere esplicito mandato (se non da uno di essi), e di essere retribuiti conseguentemente in caso di vittoria (struttura che invece non opera laddove il gruppo sia convenuto in giudizio – come pure in astratto la legge prevede – con la conseguenza che l'azione contro il gruppo sia rarissima e trascurabile ai fini dell'indagine comparatistica). L'efficienza di questo sistema, facile da riscontrare nella pratica, si spiega agevolmente sul piano teorico: gli interessi di chi agisce in giudizio per proteggere la categoria vengono riallineati con quelli dei suoi componenti, perché per entrambi l'obiettivo primario è l'accoglimento della domanda; la valutazione cruciale, ai fini della decisione di agire in giudizio, consiste dunque nella valutazione della apparenza di fondatezza della domanda ed è affidata al soggetto posto, per la sua competenza professionale, nella posizione migliore per compierla, ossia il difensore tecnico (mentre affidare la scelta a un soggetto diverso incrementa i costi transattivi, dato che quel soggetto, se deve valutare il *fumus boni iuris* della domanda, deve comunque consultare un avvocato e quindi retribuirlo).

L'adozione in Italia di questo genere di soluzione si va da tempo prospettando in sede legislativa ⁽¹³⁾, sia pure con numerose varianti rispetto al modello originario, dovute a ragioni di ordine costituzionale e

⁽¹²⁾ Per gli opportuni riferimenti valga ancora un rinvio a GIUSSANI, *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996, *passim*; per più recenti trattazioni dell'istituto cfr., per es., NEWBERG, CONTE, *Newberg on Class Actions*, St. Paul, 2002, II ed., *passim*; FEDERAL JUDICIAL CENTER (a cura di), *Manual for Complex Litigation*, Washington, 2004, IV ed., p. 242 ss.; AMERICAN LAW INSTITUTE (a cura di), *Principles of the Law of Aggregate Litigation. Discussion Draft No. 2*, Philadelphia, 2007, *passim*; sulla sua espansione negli altri ordinamenti v., per es., MULHERON, *The Class Action in Common Law Legal Systems*, Oxford 2004, p. 5 ss., e da ult. MULLENIX, *New Trends in Standing and Res Judicata in Collective Suits. General Report – Common Law*, in PELLEGRINI GRINOVER, CALMON (a cura di) *Direito processual comparado. XIII World Congress of Procedural Law*, Brasilia, 2007, p. 500 ss.; PELLEGRINI GRINOVER, *New Trends in Standing and Res Judicata in Collective Suits. General Report – Civil Law*, *ivi*, p. 305 ss.

⁽¹³⁾ Si può ricordare che al momento pendono alla Camera sette progetti di legge introduttivi dell'azione collettiva risarcitoria, in vario modo (e a volte più a parole che nei fatti) ispirati alle *class actions* (nn. C-1289, C-1330, C-1443, C-1662, C-1834, C-1882 e C-1883), cui si aggiunge un disegno di legge governativo (n. C-1495); nella scorsa legislatura fu approvato dalla Camera il progetto poi trasmesso al Senato (e colà decaduto) con il n. S-3058, *ivi* riproposto nella legislatura presente con il n. S-679, essenzialmente analogo al testo governativo; questi progetti sono stati già discussi, per es., da CHIARLONI, *La tutela dei risparmiatori alla luce delle recenti iniziative legislative*, in *Giur. it.*, 2006, p. 414 ss.; COMOGLIO, *Aspetti processuali della tutela del consumatore*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 307 ss.; MARENGO, *Garanzie processuali e tutela dei consumatori*, Torino, 2007, p. 168 ss. (e v. anche i rilievi di TARUFFO, *La tutela collettiva: interessi in gioco e prospettive a confronto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 529 ss., nonché, *si vis*, GIUSSANI, *Modelli extraeuropei di tutela collettiva risarcitoria*, in corso di pubblicazione nella *Riv. trim. dir. proc. civ.*); meritano attenzione, inoltre le proposte articolate, in sede dottrinale, da COSTANTINO, *La tutela collettiva: una proposta ragionevole*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 144 ss., e da BOVE, *Una proposta per la "via italiana" alla class action*, in www.judicium.it; concernono le controversie di serie, ma non introducono alcuna forma di azione collettiva, invece, le proposte di introduzione di un nuovo art. 443 *ter* c.p.c. menzionate da COSTANTINO, *op. cit.*, 141; fra i contributi dottrinali riferiti ai vari progetti discussi nella scorsa legislatura cfr., per es., COSTANTINO, *Note sulle tecniche di tutela collettiva (disegni di legge sulla tutela del risparmio e dei risparmiatori)*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1021 ss.; CONSOLO, *Fra nuovi riti civili e riscoperta delle class actions, alla ricerca di una "giusta" efficienza*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 568 ss.; CARRATTA, *Dall'azione collettiva inibitoria a tutela di consumatori e utenti*

istituzionale. Deve infatti in particolare ritenersi che in Italia debba essere sempre possibile per il componente del gruppo sottrarsi preventivamente agli effetti dell'azione collettiva (anche se non necessariamente agli effetti della decisione, se non altro ove la controparte chieda l'accertamento negativo della sua pretesa, fondando il suo interesse sul vanto esercitato nell'azione collettiva), mentre negli Stati Uniti ciò a volte non è ammesso (conseguendone una compromissione della garanzia del contraddittorio individuale difficilmente compatibile con l'ordinamento costituzionale italiano).

Merita però di essere specificamente segnalato, a tale proposito, che non è invece opportuno sostituire – come invece talvolta si propone⁽¹⁴⁾ – il sistema dell'autoesclusione o *opt-out* (secondo cui il componente del gruppo deve attivarsi per sottrarsi agli effetti dell'azione collettiva) con il sistema dell'autoinclusione o *opt-in* (in forza del quale il componente del gruppo ha l'onere di attivarsi per fruire degli effetti dell'azione collettiva). A tale proposito non è sufficiente rimarcare che il sistema dell'*opt-out* non è incompatibile con la Costituzione e che il sistema dell'*opt-in* non ha mai dato nella pratica buona prova di sé⁽¹⁵⁾: è necessario spiegare anche come il sistema dell'autoesclusione, oltre a essere preferibile sotto il profilo dell'efficienza nell'allocatione delle risorse giurisdizionali, lo sia persino – contrariamente a quanto si potrebbe pensare a un'analisi superficiale – ai fini della diffusione sul lungo periodo della cultura dell'associazionismo e più in generale dei comportamenti cooperativi rispetto a quelli opportunistici nei conflitti di portata collettiva.

Le ricerche più recenti, infatti, suggeriscono che la propensione razionale del componente del gruppo al comportamento egoistico, impeditiva (come si è notato in precedenza) dell'organizzazione spontanea del gruppo stesso quanto più esso sia ampio e disperso, può essere influenzata dal comportamento degli altri componenti e quindi anche dalla percezione del loro comportamento⁽¹⁶⁾: se una percentuale sufficiente dei componenti del gruppo (variabile a seconda delle sue dimensioni) tiene un comportamento cooperativo, tale comportamento diviene razionalmente preferibile anche per gli altri; dunque se la condotta cooperativa viene percepita come prevalente da una quantità sufficiente di interessati – anche se non lo è davvero – può innescarsi un circolo virtuoso tale da renderla effettivamente prevalente sul lungo periodo, rendendo reale ciò che era solo apparente. Su queste basi si è giunti, per esempio, alla conclusione che l'adempimento spontaneo degli obblighi tributari viene favorito non dalla diffusione della notizia che l'evasione fiscale è un problema dilagante (perché in tal caso chi paga le tasse si sente scemo e smette di farlo), ma dalla diffusione della notizia – anche se falsa, purché non platealmente – che l'evasione è un fenomeno socialmente riprovatissimo perché fortemente inusuale (sicché l'evasore tema di subire, oltre alle sanzioni previste dalla legge, anche un grave stigma sociale).

Orbene, se si considera che in presenza di un'azione collettiva solo ridottissime percentuali degli interessati si attivano, sia che occorra autoescludersi, sia che occorra autoincludersi⁽¹⁷⁾, si capisce perché è il meccanismo dell'*opt-out* a favorire le condotte cooperative rispetto a quelle opportunistiche: con il sistema

all'azione collettiva risarcitoria: i nodi irrisolti delle proposte di legge in discussione, in *Giur. it.*, 2005, p. 662 ss.; CHIARLONI, *Appunti sulle tecniche di tutela collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 385 ss.; RESCIGNO, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano. Profili generali*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 407 ss.; BALENA, *Aspetti processuali della tutela dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 559 ss.; PETRILLO, *La tutela degli interessi collettivi e dei diritti individuali omogenei nel processo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 165 ss.; GIUGGIOLI, *Class action e azione di gruppo*, Padova, 2006, p. 21 ss., 54 ss., 62 ss.; *si vis*, GIUSSANI, *Il consumatore come parte debole*, cit., p. 531 ss.

⁽¹⁴⁾ Per es., fra i progetti di riforma in discussione, il n. C-1834.

⁽¹⁵⁾ Sul sistema dell'*opt-in* adottato negli Stati Uniti prima della riforma del 1966 v. il classico contributo di KALVEN, ROSENFELD, *The contemporary function of the class suit*, in 8 *University of Chicago Law Review*, 1941, 684 ss.; sulle ragioni del suo abbandono v. KAPLAN, *Continuing work of the civil Committee: 1966 amendments to the Federal Rules of Civil Procedure (I)*, in 81 *Harvard Law Review*, 1967, 356 ss.; le proposte di reintrodurlo nella disciplina processuale federale sono state sempre duramente criticate (v., per es., già MILLER, *Of Frankenstein Monsters and Shining Knights*, cit., p. 689; WELLS, *Reforming Federal Class Action Procedure: an Analysis of the Justice Department Proposal*, in 16 *Harvard Journal of Legislation*, 1979, p. 572, e più di recente COOPER, *Class Action Advice in the Form of Questions*, in 11 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2001, p. 231).

⁽¹⁶⁾ V., per un'ampia rassegna di tali ricerche, KAHAN, *The Logic of Reciprocity: Trust, Collective Action, and Law*, in 102 *Michigan Law Review*, 2003, p. 71 ss.

⁽¹⁷⁾ Per una recente ricerca empirica sulle percentuali di autoesclusione dalle *class actions* v. EISENBERG, MILLER, *The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, in 57 *Vanderbilt Law Review*, 2004, p. 1529 ss.; sul totale fallimento pratico del sistema francese dell'*action en représentation conjointe*, fondato sul metodo dell'autoinclusione v., per es., JEULAND, *La France*, in *Les recours collectifs: etude compare*, Parigi, 2006, p. 75 ss.; si può anche osservare che nella speciale disciplina statunitense del *Fair Labor Standards Act* si è previsto il meccanismo dell'*opt-in* proprio per impedire che i sindacati – legittimati attivi a promuovere il giudizio – potessero avvalersi del contenzioso per conquistare adesioni (v., in proposito, NAGAREDA, *The Preexistence Principle and the Structure of the Class Action*, in 103 *Columbia Law Review*, 2003, p. 224; cfr. *United States v. Cook*, 795 F.2d 992, Fed. Circ. 1986).

dell'*opt-in* si diffonde la notizia che solo una minima parte degli interessati adotta una condotta cooperativa aderendo all'azione collettiva, mentre la grande maggioranza ha opportunisticamente preferito aspettare che gli altri lavorassero e corressero i rischi per poi sfutarne gli eventuali risultati; con l'*opt-out*, invece, si diffonde la notizia che pochissimi hanno preferito agire per conto proprio e che la grande maggioranza ha rifiutato l'opzione opportunistica.

6. – Il problema della conciliazione collettiva

Per introdurre questo istituto in Italia occorre inoltre tener conto di un importante aspetto negativo dell'esperienza nordamericana: quello legato alla possibilità di definire l'azione collettiva come tale in via conciliativa. Questa opportunità, infatti, distorce il sistema degli incentivi in maniera pregiudizievole per entrambe le parti, nonché per la stessa amministrazione della giustizia.

Per la controparte del gruppo il pregiudizio deriva dalla combinazione di questa possibilità con la regola che esclude che gli onorari di difesa del convenuto possano essere posti a carico dell'attore soccombente: per il convenuto il conseguimento della sentenza favorevole può facilmente essere più costoso di quanto la proposizione della domanda sia costosa per l'attore, e in tal caso diventa razionale conciliare anche pretese non del tutto fondate (purché non così platealmente infondate da giustificare le severe sanzioni previste negli Stati Uniti nei confronti del litigante temerario)⁽¹⁸⁾. Per i componenti del gruppo il pregiudizio discende dalla circostanza che la prospettiva della conciliazione accentua i conflitti d'interesse interni al gruppo (in particolare quando il valore delle pretese risarcitorie di almeno alcuni dei suoi componenti, attualizzato in ragione delle probabilità di vincere agendo in via individuale, sia comunque positivo e diversificato), nonché quelli tra il gruppo e il suo difensore tecnico (il quale per esempio avendo investito personalmente nella causa può avere interesse ad accelerare il conseguimento dell'onorario più di quanto ai componenti del gruppo interessi accelerare il conseguimento del loro risarcimento): il secondo è particolarmente grave perché i componenti passivi del gruppo non hanno un contatto diretto con il difensore e quindi hanno scarse opportunità di verificare la fedeltà del suo operato.

Il rimedio apprestato dall'ordinamento statunitense consiste nel subordinare l'efficacia di ogni definizione transattiva dell'azione collettiva a un'omologazione giudiziale fondata sulla verifica dell'equità della composizione della lite così raggiunta, con speciale riferimento alla sua rispondenza al valore delle pretese del gruppo attualizzato in ragione delle probabilità di accoglimento della domanda collettiva: nelle riforme più recenti si è anche esplicitamente stabilito che il subprocedimento di omologazione sia aperto al contraddittorio e alle contestazioni di tutti i componenti del gruppo e che possa concedersi in tale occasione una ulteriore opportunità di autoescludersi dall'azione collettiva⁽¹⁹⁾. Questo metodo, però, richiede al giudice l'esercizio di ampi poteri discrezionali – poteri che d'altronde egli deve esercitare anche ai fini dell'individuazione dell'ampiezza del gruppo, della verifica dell'adeguatezza dell'attività processuale svolta in suo favore, e persino della selezione fra eventuali plurime candidature a farne valere i diritti –, comporta costi elevati, e nella prassi non sembra aver del tutto arginato né l'effetto di sopravvalutazione delle pretese infondate, né quello di sottovalutazione delle pretese fondate.

È soprattutto alla luce di tale esperienza che si è pensato che ai fini dell'introduzione negli ordinamenti di derivazione romanistica di un sistema di azioni collettive risarcitorie ispirato al modello nordamericano possa essere preferibile conservare comunque la regola del *victus victori* ed escludere l'efficacia collettiva della conciliazione⁽²⁰⁾. Questa soluzione, infatti, oltre a evitare di richiedere al giudice di *civil law* – tipicamente reclutato in vista della sua preparazione tecnica anziché, come accade di solito negli USA, in base a scelte di tipo politico – l'imbarazzante esercizio di così ampi poteri discrezionali ai fini dell'omologazione delle transazioni, permette anche – rendendo meno redditizi i comportamenti infedeli del difensore tecnico – di alleviare gli oneri giudiziali di verifica dell'adeguatezza della rappresentanza svolta in favore del gruppo – poiché può risultare sufficiente prevedere che il provvedimento endoprocessuale autorizzativo dell'esercizio dell'azione collettiva sia sempre revocabile anche d'ufficio in presenza di

⁽¹⁸⁾ Per una recente e approfondita analisi della questione v., per es., KOZEL, ROSENBERG, *Solving the Nuisance-Value Settlement Problem: Mandatory Summary Judgement*, in 90 *Virginia Law Review*, 2004, p. 1849 ss.

⁽¹⁹⁾ Per un'ampia discussione delle attuali tendenze evolutive in tale materia v., per es., RUBENSTEIN, *The Fairness Hearing: Adversarial and Regulatory Approaches*, in 53 *U.C.L.A. Law Review*, 2006, p. 1435 ss.

⁽²⁰⁾ In questo senso v. spec. la proposta formulata nella precedente legislatura e discussa in GIUSSANI, *Il consumatore come parte debole*, cit., p. 531 s.; nell'attuale legislatura l'incremento dell'onorario in caso di accoglimento della domanda proposta in favore del gruppo è previsto (unitamente però a una automatica attribuzione al gratuito patrocinio delle spese sostenute dal convenuto in caso di soccombenza attorea, discutibile ai fini della deterrenza delle iniziative temerarie) dai progetti nn. C-1330, C-1443, C-1834 e C-1882 (i quali ultimi due aggiungono poi un ancora più incongruo divieto agli avvocati di organizzare azioni collettive).

conflitti d'interesse, e che qualunque interessato, anche se non costituito in giudizio, possa segnalarli, e che il giudice possieda poteri istruttori officiosi intorno ai fatti così segnalati –, nonché di risolvere l'eventuale conflitto fra più candidature a far valere i diritti del gruppo tramite automatismi (ad esempio facendo riferimento alla priorità cronologica dell'iniziativa) ⁽²¹⁾.

7. – Il problema della sovradeterrenza

Queste considerazioni inducono a discutere un tema sul quale si è di recente concentrata l'attenzione della dottrina statunitense: quello del cumulo degli strumenti di deterrenza, specialmente in considerazione del rischio che possano prodursi fenomeni di sovradeterrenza.

La questione non concerne ovviamente l'uso dell'azione collettiva ai fini della tutela inibitoria assistita da misure coercitive: è vero che nella misura in cui la sentenza di accoglimento della domanda è invocabile anche dai componenti del gruppo in precedenza rimasti passivi, la deterrenza della condotta illecita di fatto si rafforza; deve però riconoscersi che l'eventualità che il destinatario dell'ordine possa essere costretto a spendere, per evitare di compiere l'illecito, più di quanto costerebbe riparare il conseguente danno, costituisce una naturale implicazione della tutela di tipo proprietario caratteristica dell'inibitoria, sia quando se ne avvalga un singolo, sia quando si tratti di un gruppo. Ha senso, invece, discutere dell'uso dell'azione collettiva ai fini del conseguimento dei danni punitivi, ove la legge li preveda allo scopo di evitare che l'illecito risulti redditizio, colmando le lacune sanzionatorie della giustizia civile derivanti dagli ostacoli di fatto all'accesso alla giustizia caratteristici del contenzioso seriale: se questa fosse la *ratio* del danno punitivo, la concreta risarcibilità dell'intero danno effettivamente provocato, resa possibile dal meccanismo dell'azione collettiva, renderebbe superfluo colmare la lacuna, sicché l'attribuzione di danni punitivi imporrebbe alla controparte del gruppo di sostenere costi di prevenzione superiori ai costi di riparazione anche al di fuori del campo di applicazione della tutela inibitoria.

Secondo l'opinione prevalente, però, la *ratio* della disciplina dei danni punitivi non corrisponde del tutto a tale descrizione: benché sia rilevante anche che l'illecito abbia pregiudicato una vasta pluralità di persone, deve rimarcarsi che ai fini della responsabilità per i *punitive damages* rilevano anche aspetti relativi all'elemento psicologico della condotta, sicché l'esistenza o meno di ostacoli alla concreta risarcibilità del danno in via individuale non impedisce l'assoggettamento della condotta a tale ulteriore sanzione. Pertanto i danni punitivi possono essere richiesti sia in via individuale da ciascun danneggiato, sia in via aggregata tramite l'azione collettiva, e la seconda soluzione risulta preferibile proprio ai fini del contenimento del loro ammontare complessivo.

Occorre inoltre aggiungere che il contenimento dell'ammontare complessivo dei *punitive damages* risulta, a seguito delle pronunce in materia della Corte Suprema degli Stati Uniti, possibile anche se le relative pretese vengono dedotte in separati procedimenti: i danni punitivi non formano oggetto di un diritto soggettivo, e quindi si accetta anche che il più rapido a conseguirli incameri una somma tale da raggiungere il limite della sanzione applicabile alla condotta illecita, e che i più tardivi non possano conseguire alcunché. Di conseguenza si afferma però che il ricorso all'azione collettiva per far valere i *punitive damages* si giustifica, fino a rendersi necessario, per assicurare equità di trattamento ai vari danneggiati ⁽²²⁾.

Nelle più recenti decisioni in materia di *punitive damages* la Corte Suprema ha assunto ulteriori orientamenti restrittivi: nel caso *State Farm* ⁽²³⁾ ha stabilito che essi non possono essere attribuiti per sanzionare condotte lesive realizzate al di fuori dell'ambito territoriale dello Stato la cui legge sostanziale sia applicata per determinarne l'ammontare; nel caso *Williams* ⁽²⁴⁾ che non possano essere attribuiti per sanzionare condotte lesive realizzate nei confronti di soggetti estranei al giudizio, potendosi però tenere

⁽²¹⁾ V. ancora GIUSSANI, *Il consumatore come parte debole*, cit., p. 537 s.

⁽²²⁾ Su tutti questi punti cfr., per es., anche per ulteriori riferimenti, CABRASER, SOBOL, *Equity for the Victims, Equity for the Transgressor: The Classwide Treatment of Punitive Damages Claims*, in 74 *Tulane Law Review*, 2000, p. 2005 ss.; MESULAM, *Collective Rewards and Limited Punishment: Solving the Punitive Damages Dilemma with Class*, in 104 *Columbia Law Review*, 2004, p. 1114 ss.; NAGY, *Certifying Mandatory Punitive Damages Classes in a Post-Ortiz and State Farm World*, in 58 *Vanderbilt Law Review*, 2005, p. 599 ss.; si discute peraltro se possa comunque permettersi l'autoesclusione in tali circostanze (v., per es., in senso favorevole, NAGAREDA, *Punitive Damage Class Actions and the Baseline of Tort*, in 36 *Wake Forest Law Review*, 2001, p. 943 ss.); in giurisprudenza v., per es., *In re Simon II Litigation*, 211 *F.R.D.* 86 (E.D. N.Y. 2002), spec. p. 162, e già *In re "Dalkon Shield" Prods. Liab. Litig.*, 526 *F.Supp.* 887 (N.D. Cal. 1981), spec. p. 898 e *In re "Agent Orange" Prod. Liab. Litig.*, 100 *F.R.D.* 728 (E.D. N.Y. 1983), di cui dava notizia adesivamente già PONZANELLI, *Il quantum dei punitive damages nei mass disasters*, in BUSNELLI, SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., p. 391 ss.

⁽²³⁾ *State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell*, 538 *U.S.* 408 (2003).

⁽²⁴⁾ *Phillip Morris USA v. Williams*, 549 *U.S.* _ (2007), decisa il 20 febbraio 2007.

conto di tali condotte ai fini della valutazione della riprovevolezza della condotta e della conseguente quantificazione del danno rispetto a quel soggetto che sia parte. Entrambe queste pronunce possono essere lette in maniera da ostacolare le azioni collettive in materia di *punitive damages*: può risultare più problematica l'aggregazione delle pretese quando l'illecito produca effetti dannosi in più Stati, e si potrebbe ritenere che la decisione del caso *Williams* impedisca di far valere i danni punitivi rispetto ai componenti passivi del gruppo nell'azione collettiva.

La decisione del caso *Williams*, però, non va necessariamente interpretata in questo modo: dato che non si trattava di una *class action*, è lecito inferirne che proprio l'azione collettiva sia il modo corretto per dedurre la circostanza che l'illecito abbia danneggiato vaste pluralità di persone, considerando che il componente passivo del gruppo nella *class action* può qualificarsi come una parte, sia pure *sui generis*. Anche in questi casi la *class action* risulta dunque favorire sia l'accesso alla giustizia dei componenti del gruppo, sia l'interesse della controparte all'abbattimento dei costi del contenzioso seriale, sia l'interesse generale alla razionalizzazione dell'impiego delle risorse giurisdizionali, migliorando, a parità di costi, il rapporto fra i conflitti generati dall'interazione sociale e quelli risolti applicando la legge sostanziale.

ANDREA GIUSSANI