

Consultation on collective redress

(“Towards a Coherent European Approach to Collective Redress”)

Q1	<p>L'introduzione di nuove forme di tutela collettiva (d'accertamento mero, inibitoria e risarcitoria) appare indispensabile per l'attuazione concreta delle situazioni soggettive spettanti ai cittadini europei, soprattutto nelle ipotesi d'illecito plurioffensivo o seriale, fattispecie all'interno delle quali emerge di regola un sensibile disequilibrio fra il pregiudizio singolarmente patito da ciascun danneggiato o creditore insoddisfatto ed il profitto illegittimo maturato dal danneggiante o dal debitore inadempiente; questo disequilibrio, che normalmente disincentiva l'azione individuale, può essere vinto con l'aggregazione delle pretese singole entro un'unica azione collettiva, nel complesso meno costosa, più celere e capace di prevenire il contrasto di giudicati.</p> <p>Ora, poiché il vigente diritto UE e quello derivato sono largamente finalizzati a superare o contenere situazioni di disequilibrio sostanziale – si pensi al diritto dei consumi ed a quello <i>antitrust</i> (ma non solo) – gli istituti di tutela collettiva appaiono perfettamente adeguati a perseguire quelle medesime finalità sul piano processuale, garantendo la specularità fra diritto e processo: c'è infatti il rischio che norme comunitarie sostanziali, introdotte per ripianare asimmetrie economiche, politiche e sociali, assicurando inoltre la razionalità del mercato, restino ineffettive per la mancanza di sufficienti strumenti processuali, e che la saltuarietà nell'accesso alla giustizia determini lo “svuotamento” in fatto di larga parte del diritto comunitario.</p> <p>Al tempo stesso i rimedi di carattere collettivo presentano anche un vantaggio per le imprese, vale a dire la possibilità di concentrare le pretese avverse in un unico procedimento esaustivo, anziché affrontare una moltitudine incontrollata di giudizi individuali dagli esiti potenzialmente incoerenti.</p>
Q2	<p>Conformemente alla storia costituzionale dei paesi membri e dell'Europa unita, non appare prospettabile un <i>private enforcement</i> del diritto comunitario che sia indipendente o antagonista rispetto al <i>public enforcement</i> svolto dalle autorità nazionali e da quelle comunitarie. Anche gli strumenti processuali in oggetto devono sempre operare in termini di complementarietà e sussidiarietà, ma proprio in questi termini possono integrare e stimolare ottimamente l'attività dei pubblici poteri: essi, nel rimettere all'iniziativa privata l'attuazione dei diritti e degli interessi del cittadino europeo, si candidano anzi a divenire il maggior fattore di effettività del diritto comunitario, riempiendo di contenuto il programma di cittadinanza europea promosso dalle istituzioni dell'Unione.</p> <p>A fini di coordinamento fra iniziative private ed iniziative pubbliche si potrebbe prevedere, ad esempio, che l'atto introduttivo del giudizio collettivo sia notificato alla Commissione UE, perché questa adotti, se del caso, gli opportuni provvedimenti (e possa partecipare facoltativamente al giudizio, in posizione terza rispetto alle</p>

	<p>parti); inoltre si potrebbe stabilire che il giudizio collettivo già instaurato sia sospeso, anche d'ufficio, qualora sulla materia del contendere penda una qualche attività istruttoria od esecutiva di <i>public enforcement</i> da parte delle istituzioni nazionali o comunitarie, ed il giudice adito, sentite le parti, reputi che l'esito di quell'attività possa ripercuotersi sulla definizione del giudizio stesso. In ogni caso l'attività svolta dalle pubbliche autorità nazionali o comunitarie non dovrà mai condizionare in maniera automatica la definizione dell'<i>iter</i>: spetterà al giudice adito, sentite le parti, valutare caso per caso se l'avvenuta adozione di provvedimenti di <i>public enforcement</i> determini la cessazione della materia del contendere od occorra giungere comunque a pronuncia definitiva del merito.</p>
Q3	<p>Come premesso l'azione collettiva europea (d'accertamento mero, inibitoria e risarcitoria) dovrà operare in termini di sussidiarietà e complementarietà rispetto al <i>public enforcement</i> demandato agli enti pubblici ed ai soggetti a questi equiparati nei diversi livelli territoriali e nelle diverse funzioni legislative, amministrative e giurisdizionali.</p> <p>Proprio per conservare una chiara demarcazione fra <i>enforcement</i> privato e pubblico, presupposto necessario perché l'uno possa rimanere sussidiario e complementare rispetto all'altro, occorre escludere che un soggetto pubblico possa essere attivamente legittimato a proporre le azioni collettive in oggetto. Nessuna limitazione dovrebbe invece incontrare la legittimazione passiva, laddove l'ente pubblico o equiparato svolga – e negli stretti limiti in cui svolga – attività d'impresa [cfr. <i>infra</i>, Q7, lettera “c”)].</p> <p>Opportuno pare invece il rafforzamento dell'associazionismo privato, cui dovrebbe spettare un ruolo diretto e indiretto nell'esperimento dell'azione collettiva europea: a) innanzitutto alle associazioni, e più in generale ai soggetti privati pluripersonali come comitati e fondazioni, riconosciuti o non riconosciuti, e purché privi di scopo lucrativo – in seguito “soggetti esponenziali” – si dovrebbe attribuire una legittimazione diretta ed esclusiva all'azione collettiva di mero accertamento ed inibitoria; b) inoltre si dovrebbe assegnare loro una legittimazione concorrente e facoltativa, ma dipendente e “adesiva”, ad esperire l'azione di gruppo di carattere risarcitorio [cfr. <i>infra</i>, Q7, lettera “b”)].</p> <p>Anziché consentire l'esperimento dell'azione collettiva pure ad enti o soggetti pubblici – ciò che creerebbe un “intreccio” poco trasparente fra <i>public</i> e <i>private enforcement</i> – la mano pubblica potrebbe svolgere un ruolo propulsivo nel finanziare e promuovere l'associazionismo privato; i criteri di finanziamento dovrebbero essere però predeterminati con provvedimento dell'Unione, onde garantire priorità a quei soggetti esponenziali che, nell'osservanza piena della Carta di Nizza, dimostrino di tutelare diritti ed interessi transfrontalieri, contribuendo alla formazione della cittadinanza europea ed all'affermazione del mercato unico. In tutti i paesi membri la carenza di mezzi materiali rappresenta il principale fattore di stasi e di inattività dell'associazionismo privato, anche di quello cui si vorrebbe attribuire un ruolo</p>

	<p>determinante nell'attuazione "privata" delle politiche comunitarie e nazionali.</p> <p>Quanto appena osservato in ordine al rafforzamento dell'associazionismo – ed al ruolo diretto ed indiretto che deve spettargli nell'instaurazione dei futuri procedimenti collettivi – vale per tutto lo spettro dell'associazionismo privato, e non deve essere riferito alle sole associazioni dei consumatori. Qualsiasi gruppo od organizzazione che soddisfi i requisiti di condotta e d'azione segnati dalla Carta di Nizza e persegua l'attuazione transfrontaliera dei diritti e degli interessi dei cittadini europei, merita sostegno e promozione anche in vista dell'esperimento dei futuri rimedi collettivi di provenienza comunitaria.</p>
Q4	Pare sufficiente rinviare a quanto osservato in risposta ai quesiti Q2, Q3 e Q12.
Q5	<p>Estendere ad altri settori i rimedi inibitori già presenti nel diritto UE non appare sufficiente: nell'attuale contesto socio-economico solo l'azione di gruppo risarcitoria può garantire il pieno raggiungimento degli obiettivi che si assegnano agli strumenti processuali allargati (vale a dire, in sintesi, un più largo accesso alla giustizia civile con emesione del "sommerso" giudiziario, la deflazione del carico grazie alle economie di scala, e la prevenzione dei contrasti fra giudicati, in ragione della trattazione e decisione congiunta di più domande all'interno dell'unica procedura aggregata); in questo modo si restituisce all'azione civile piena effettività e deterrenza, colmando le crescenti lacune del processo tradizionale a base individuale.</p> <p>E' chiaro tuttavia che pure l'azione collettiva, se reputata strumento insostituibile di <i>private enforcement</i> del diritto nazionale e comunitario, necessita d'incentivi che stimolino l'iniziativa dei privati: così, se azioni inibitorie o di mero accertamento possono essere riservate a soggetti esponenziali, ai privati cittadini (persone fisiche e piccole-medie imprese) deve essere riconosciuta la legittimazione ad esperire azioni risarcitorie, le uniche che possono concludersi con una sentenza di condanna del danneggiante o del debitore inadempiente a pagare una somma di denaro o tenere altro comportamento riparatorio che attui direttamente l'interesse leso. La prospettiva di ottenere una pronuncia inibitoria o di mero accertamento non sarebbe stimolo sufficiente per riavvicinare la giustizia civile ai cittadini europei.</p>
Q6	<p>Occorre senz'altro introdurre regole imperative: se l'azione collettiva europea, nelle sue varianti di mero accertamento, inibitoria e risarcitoria, deve rimediare al disequilibrio di posizioni sociali, politiche ed economiche, e garantire non solo maggiore giustizia e trasparenza nei rapporti intersoggettivi, ma anche più competitività e razionalità al mercato unico, la sua introduzione e la sua uniforme operatività su tutto il territorio europeo non possono essere subordinate alla scelta discrezionale di questo o quel paese membro, così come non possono essere vanificate da patti derogatori intercorsi fra potenziali attori e potenziali convenuti. Come le norme sostanziali deputate a contenere asimmetrie sono per natura cogenti – né può tollerarsi una qualche loro cedevolezza, che sarebbe nuovamente il frutto di quelle asimmetrie – così anche il processo collettivo, che voglia dare a quelle norme piena attuazione, non potrà che essere imperativo, nel senso che non potrà pattuirsi</p>

	<p>alcuna inapplicabilità dell'azione collettiva.</p> <p>Piuttosto si tratta di favorire, per quanto possibile, l'intervento preventivo di <i>public enforcement</i> da parte delle autorità pubbliche, nazionali e comunitarie, che siano tempestivamente informate dell'azione [cfr. <i>supra</i>, Q2], nonché la transigibilità della lite collettiva in corso di causa [cfr. <i>infra</i>, Q15 ss.].</p> <p>Quanto appena osservato resta fermo a prescindere dal settore dell'ordinamento all'interno del quale lo strumento collettivo sia chiamato ad operare.</p>
Q7	<p>Certamente l'azione collettiva europea dovrà essere ispirata a principi comuni, stabiliti a livello di diritto UE; in estrema sintesi questi principi dovrebbero essere:</p> <p>a) l'esclusione degli enti pubblici od equiparati da qualsiasi attività di <i>private enforcement</i>, in modo tale che gli strumenti collettivi, di mero accertamento, inibitori e risarcitori, siano rimessi all'iniziativa di soggetti privati [cfr. <i>supra</i>, Q3];</p> <p>b) la distinzione fra un'azione collettiva di mero accertamento ed inibitoria, alla quale siano attivamente legittimati in via esclusiva i soggetti esponenziali, ed un'azione di gruppo risarcitoria, alla quale siano attivamente legittimati, in via necessaria e principale, ogni persona fisica o piccola-media impresa (individuale o collettiva), ed in via facoltativa e adesiva, i citati soggetti esponenziali [cfr. <i>infra</i>, Q14]; dovrebbe in ogni caso escludersi ogni ulteriore limitazione, volta a circoscrivere la legittimazione attiva ai soli consumatori od alle sole imprese individuali; qualora l'accesso ai rimedi collettivi – e segnatamente all'azione di gruppo risarcitoria – fosse aperto anche alle piccole-medie imprese, si porrebbe al più l'esigenza di predeterminare la soglia “dimensionale” oltrepassata la quale l'impresa non possa più giudicarsi medio-piccola, e perda la legittimazione; non occorre viceversa introdurre requisiti fissi e preventivi di “debolezza” dell'impresa, né incaricare il giudice adito di un controllo siffatto;</p> <p>c) la legittimazione passiva dell'imprenditore, quale che ne sia la forma, individuale o societaria, e la dimensione, ivi compreso l'ente pubblico (od equiparato) che eserciti attività d'impresa;</p> <p>d) la suddivisione della procedura – sia nell'azione d'accertamento mero ed inibitoria, sia nell'azione risarcitoria – in due fasi [cfr. più ampiamente <i>infra</i>, Q12], l'una dedicata al previo controllo di ammissibilità della domanda, l'altra alla trattazione e decisione del merito;</p> <p>e) la previsione di requisiti di ammissibilità certi e tassativi, rimessi ad una valutazione tipica (e non discrezionale) del giudice adito; più precisamente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) la legittimazione dell'attore e del convenuto, da accertarsi con riguardo alle rispettive qualità formali (di soggetto privato individuale o pluripersonale-esponenziale, da un lato, e di imprenditore, dall'altro); 2^a) nella sola azione di mero accertamento ed inibitoria, la sussistenza di un interesse pubblico o comunque sovraindividuale all'instaurazione del processo collettivo;

	<p>2^b) nella sola azione risarcitoria, la rappresentatività dell'attore principale, quando non sia costituito quale co-attore adesivo il soggetto esponenziale, giacché la costituzione di quest'ultimo (con medesimo ed unico difensore) rende automaticamente soddisfatto il requisito di rappresentatività [cfr. più ampiamente <i>infra</i>, Q14]; sempre nella sola azione risarcitoria la rappresentatività potrà essere esclusa quando le questioni (di fatto o di diritto) comuni non risultino prevalenti rispetto a quelle riferibili a ciascun membro della classe dei danneggiati, ovvero quando s'accerti, anche d'ufficio, un conflitto o convergenza d'interessi fra parte attrice e parte convenuta; deve viceversa escludersi dai requisiti di ammissibilità la non manifesta infondatezza nel merito della domanda, poiché detto requisito finirebbe col richiedere un'indebita e sommaria anticipazione del giudizio finale, quando ancora le parti non hanno svolto alcuna attività finalizzata alla trattazione e decisione del merito;</p> <p>f) l'impugnabilità immediata, presso il giudice sovraordinato, del provvedimento con cui quello di prima istanza abbia statuito l'inammissibilità dell'azione (in caso di riforma di quest'ultimo provvedimento, la procedura proseguirà nel merito presso il giudice di prima istanza, ma in composizione diversa);</p> <p>g) il riconoscimento automatico e l'efficacia di titolo esecutivo presso tutti i paesi membri della sentenza definitiva che decida nel merito l'azione collettiva o di gruppo;</p> <p>h) la netta preferenza per il sistema dell'<i>opting-out</i> rispetto a quello dell'<i>opting-in</i> [cfr. <i>infra</i>, Q11];</p> <p>i) la diversificazione degli effetti del giudicato secondo che l'azione sia di accertamento mero e inibitoria, oppure risarcitoria [cfr. <i>infra</i>, Q11]; nel primo caso il giudicato dovrebbe fare stato fra le parti – ai fini del <i>ne bis in idem</i> – ma i terzi che volessero intraprendere azioni individuali (o di gruppo risarcitorie) aventi il medesimo oggetto sostanziale e dirette contro il medesimo convenuto potrebbero valersene a proprio favore, venendo esso a fare stato, <i>secundum eventum litis</i>, anche in tali giudizi consequenziali; nel secondo caso invece il giudicato di gruppo dovrebbe fare stato, a prescindere dall'esito della lite, nei confronti delle parti del processo e dell'intera classe dei danneggiati, ed anzi occorrerà studiare appositi meccanismi preclusivi per garantire non solo il <i>ne bis in idem</i>, ma anche l'unicità del procedimento concernente quel convenuto e quel determinato oggetto sostanziale (affinché non si svolgano contemporaneamente più procedimenti di gruppo contro lo stesso convenuto ed aventi il medesimo oggetto, né si svolgano giudizi individuali paralleli, se non quelli instaurati da chi abbia dichiarato l'<i>opt-out</i>);</p> <p>l) modalità semplificate, ma “garantite”, di transigibilità allargata della lite di gruppo, in particolare quando l'azione sia di tipo risarcitorio.</p>
Q8	<p>Sicuramente le esperienze finora maturate all'interno dei paesi membri potranno costituire una fonte d'ispirazione per il legislatore comunitario, ma non tanto in</p>

	<p>chiave imitativa, quanto piuttosto antitetica: particolarmente negative appaiono – solo per citare alcuni esempi – le esperienze italiana (art. 140-<i>bis</i> <i>Codice del consumo</i>) e tedesca (in relazione alle controversie finanziarie aggregate di cui al <i>Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz</i>); più costruttive le soluzioni affermatesi in Olanda e Portogallo [un dibattito a più voci sulle legislazioni nazionali citate è in via di pubblicazione nella rivista italiana <i>Contratto e impresa/Europa</i>, fasc. n. 1/2011].</p>
Q9	<p>Un più largo accesso alla giustizia presuppone, in termini generali, un processo meno costoso per l'attore, soprattutto se parte “debole” del rapporto sostanziale, tempi più ristretti per la definizione del giudizio, in particolare quando non si richiedano complessi accertamenti in fatto, e la vincolatività del precedente giudiziario, che rende la giurisdizione prevedibile e capace di orientare in anticipo i comportamenti (anche processuali) dei cittadini. Anche la futura azione collettiva europea dovrà conformarsi a questi obiettivi.</p> <p>Vi sono poi questioni legate alla dimensione transfrontaliera della giustizia civile, questioni cruciali nella costruzione del mercato unico e pure nell'elaborazione di rimedi a carattere collettivo destinati ad operare in più paesi membri; per esemplificare:</p> <ul style="list-style-type: none"> - come premesso [cfr. <i>supra</i>, Q7, lettera “g”], occorre stabilire l'automatico riconoscimento in tutti i paesi membri e l'esecutività (anche) transfrontaliera delle sentenze definitive che decidano nel merito azioni collettive o di gruppo; solo così sarà incoraggiata l'aggregazione delle pretese anche al di là dei confini nazionali e perseguita la piena specularità fra l'ambito “geografico” dell'illecito e quello della risposta giudiziaria; e solo così sarà evitato il <i>forum shopping</i> all'interno dell'Unione, perché la decisione resa da un giudice di un paese membro farà stato anche all'interno di altro paese membro, e potrà fondare qui i successivi atti d'esecuzione forzata; - s'impone la necessità di un fondo europeo per le azioni collettive tese a far valere diritti e interessi di rilievo transfrontaliero; il fondo potrà finanziare, in tutto o in parte – ora a titolo di anticipazione, ora in via definitiva – le azioni collettive che contribuiscano al raggiungimento delle finalità indicate dalla Carta di Nizza; non è pensabile che il singolo cittadino o la singola associazione, già riluttante ad intraprendere azioni individuali o collettive di valenza nazionale, si risolva ad esperire azioni transfrontaliere in assenza di qualsiasi finanziamento; - occorre curare la divulgazione multilinguistica delle opportunità di tutela collettiva poste a disposizione dalla futura legislazione comunitaria, in modo tale che esse non restino a beneficio di una piccola <i>élite</i> di soggetti ben informati, ma del maggior numero possibile di cittadini europei; a tal proposito non appare bastevole la pubblicazione ufficiale e legale delle informazioni, dovendosi adoperare tecniche più efficaci e diversificate, vicine al cittadino europeo (anche se certamente la Commissione UE dovrà

	<p>curare la pubblicazione in forma ufficiale delle azioni pendenti, visto che dal loro esito potrebbe derivare, all'interno di ciascun paese membro, il divieto di proporre o proseguire azioni individuali);</p> <ul style="list-style-type: none"> - occorre favorire la formazione di giuristi "europei", pratici e teorici, che agiscano come fattore di mediazione professionale, culturale e linguistica, e fra i quali siano selezionati i giudici e gli avvocati chiamati a prestare la loro opera nei processi collettivi di rilievo comunitario (e particolare attenzione dovrà essere prestata alla crescita dei giovani ricercatori e di esperti provenienti anche dai paesi solo recentemente entrati a far parte dell'Unione); agli stretti fini del contenzioso di massa su scala europea appare infine auspicabile l'introduzione di un albo professionale degli avvocati "europei", cui dovranno essere iscritti, previo accertamento della competenza ed esperienza professionale, i difensori chiamati a prestare il loro ministero nelle azioni collettive.
Q10	<p>Un errore – da non ripetere! – è stato commesso dal legislatore italiano in sede di introduzione della nuova "azione di classe".</p> <p>Infatti l'art. 49 Legge 23 luglio 2009, n. 99, nell'istituire al comma 1 la nuova disciplina dell'azione di classe risarcitoria – il vigente art. 140-<i>bis</i> <i>Codice del Consumo</i> – prevede al comma 2 che tale disciplina si applichi soltanto «agli illeciti compiuti successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge», vale a dire «agli illeciti compiuti» a partire dal 16 agosto 2009. L'art. 49, comma 2, L. 99/2009 appone dunque una pesante limitazione temporale alla fruibilità del nuovo rito, dal quale saranno esentati – solo per citare le ipotesi più note – i grandi scandali finanziari del recente passato italiano, che sono messi definitivamente al riparo.</p> <p>La norma, benché sia scritta col linguaggio delle disposizioni transitorie ed intertemporali, è una vera anomalia, ed a quanto consta non ha precedenti né in Italia né presso altri paesi membri.</p> <p>Bisogna innanzi tutto premettere che l'art. 140-<i>bis</i> <i>Codice del Consumo</i> it., anche dopo la riformulazione offertane dall'art. 49, comma 1, L. 99/2009, istituisce e regola un rito speciale di cognizione. L'innovazione legislativa, se finalizzata a rendere concreta ed effettiva la tutela di pretese altrimenti destinate all'inattuazione – questa dovrebbe esserne la <i>ratio</i> – non ha però alcuna portata sostanziale. Essa non incide sulla quantità e qualità dei diritti e degli interessi meritevoli di protezione che la legge riconosce al consumatore, ed anzi vi fa rinvio in modo del tutto neutrale e passivo, come emerge dal medesimo art. 140-<i>bis</i>, comma 1, <i>Codice del Consumo</i> it., che semplicemente menziona «i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti».</p> <p>A dispetto di ciò l'art. 49, comma 2, L. 99/2009, anziché regolare nel tempo l'accesso al nuovo rito – come sarebbe proprio delle norme processuali transitorie – e prevedere che esso si applichi a procedimenti futuri (o a fasi future di procedimenti in corso), discrimina i diritti che attraverso quel rito potranno essere fatti valere. Se</p>

	<p>l'applicazione del procedimento fosse circoscritta a liti future non vi sarebbe nulla da obiettare (ed anzi si darebbe l'usuale applicazione del principio secondo cui "<i>la legge non dispone che per l'avvenire</i>", come prevede l'art. 11 delle <i>Disposizioni sulla legge in generale</i> anteposte al <i>Codice civile</i> it.); è invece arbitrario sottrarre l'azione a chi patì l'illecito il giorno 15 agosto 2009, concedendola invece a chi lo patì il giorno successivo, quando né l'uno né l'altro abbiano ancora proposto una domanda giudiziaria e si trovino pertanto in una posizione processualmente pari.</p> <p>La poca dottrina finora formatasi in Italia sul nuovo art. 140-bis <i>Codice del Consumo</i>, e più in particolare sul citato art. 49, comma 2, L. 99/2009, nel denunciare innanzi tutto l'inopportunità della norma e l'immeritevolezza della sua <i>ratio</i>, ha argomentato pure la violazione dell'art. 3 <i>Costituzione</i> it. (per irrazionalità ed irragionevolezza dell'agire legislativo), e dell'art. 24, commi 1 e 2, <i>Costituzione</i> it. (per inosservanza del diritto costituzionale di difesa), a scapito di tutti coloro che si vedano pregiudicati dalla descritta barriera temporale, a fronte di un rito ufficialmente introdotto per sopperire a lacune ed inefficienze di quello ordinario.</p> <p>E' bene che i nuovi rimedi collettivi di provenienza comunitaria, una volta introdotti negli ordinamenti interni, operino senza limitazioni temporali con riguardo agli illeciti ed agli inadempimenti perseguibili: essi troveranno applicazione alle controversie future, vale a dire alle procedure ancora da instaurare, non potendo comportare mutamenti di rito in seno a procedure già in corso, ma il loro oggetto sostanziale non dovrà essere in alcun modo ristretto a pretese, diritti ed interessi non ancora sorti all'atto della loro introduzione. Qualsiasi soluzione contraria oltre a non raccogliere alcun fondamento razionale, si porrebbe in aperto contrasto con la tradizione giuridica dei paesi membri e dell'Europa unita nel suo complesso.</p>
Q11	<p>Per identificare i fattori di maggior efficienza ed efficacia dei rimedi collettivi – e dunque delle future azioni allargate europee – è bene distinguere fra azione collettiva di mero accertamento ed inibitoria, da un lato, ed azione di gruppo risarcitoria, dall'altro.</p> <p>(A) Nell'azione collettiva di mero accertamento ed inibitoria, cui dovrebbero essere attivamente legittimati solo i soggetti esponenziali, occorre che la decisione pronunciata all'esito del giudizio general-preventivo, se d'accoglimento, faccia stato negli eventuali giudizi individual-successivi che ne riproducano l'oggetto, ma che tendano ad una sentenza di condanna risarcitoria, salvo l'operare d'eccezioni personali all'attore individuale (se ad es., all'esito del giudizio general-preventivo promosso da un'associazione di consumatori, il giudice accerta una pratica commerciale scorretta e condanna l'impresa convenuta ad astenersene, ciascun consumatore può convenire quella stessa impresa in sede individuale per domandare il risarcimento dei danni patiti; in questo caso la decisione general-preventiva, che ha accertato la pratica commerciale scorretta, fa stato nel giudizio individual-successivo, ma l'attore dovrà allegare e provare i danni singolarmente patiti e l'impresa</p>

potrà sollevare quelle eccezioni personali all'attore che non potè evidentemente sollevare in sede collettiva); peraltro all'azione collettiva di mero accertamento e inibitoria potrebbero fare seguito non solo azioni individuali ("semplificate" grazie all'efficacia di cosa giudicata *secundum eventum litis*), ma anche un'azione di gruppo risarcitoria (a sua volta parimenti "semplificata"); qualora sia proposta quest'ultima, dovrebbero introdursi meccanismi tali da determinare l'attrazione in sede collettiva di tutti i giudizi individuali già pendenti ed impedire l'ulteriore proposizione di domande individuali o collettive sul medesimo oggetto, garantendo l'unicità del procedimento general-successivo.

(B) Nell'azione di gruppo risarcitoria, cui dovrebbero essere attivamente legittimati, in via primaria e necessaria, i singoli cittadini e le singole piccole-medie imprese, ed in via facoltativa, dipendente e adesiva, i soggetti esponenziali, il maggior fattore di efficienza ed efficacia è dato dal sistema dell'*opting-out*, sotto ogni punto di vista preferibile rispetto a quello dell'*opting-in*; certificata l'esistenza della classe dei danneggiati, l'attore di gruppo – o il soggetto esponenziale, se costituito – assume la rappresentanza processuale di tutti i membri della classe medesima, nei confronti dei quali farà stato la sentenza di gruppo a prescindere dal suo tenore, a meno che non dichiarino tempestivamente di volersene sottrarre.

Poiché è risaputo che l'inerzia del danneggiato è molto difficile da vincere – è quell'"apatia razionale", che lo tiene lontano non solo dalle liti individuali, ma anche da quelle collettive – i due modelli, *opting-out* ed *opting-in*, si differenziano sensibilmente già sul piano quantitativo: l'uno dà vita a "grandi" azioni di gruppo, perché tutti gli appartenenti a quella stessa cerchia di danneggiati, per il fatto di vantare posizioni conformi a quella impersonata dall'attore, attraggono automaticamente gli effetti del giudicato collettivo; l'altro dà vita a "piccole" azioni, perché l'estensione soggettiva del giudicato è tale da coprire solo gli aderenti, i quali saranno sempre una frazione minimale dell'intero volume degli appartenenti alla classe.

Già solo questo scarto quantitativo rende palese la preferibilità dell'*opting-out*: solo un "grande" processo aggregato restituisce davvero all'azione civile tutta la sua efficacia riparatoria e deterrente, tutelando appieno la massa dei danneggiati, anziché quei pochi che decidano scientemente di parteciparvi. Se dunque l'obiettivo è quello di scoprire il sommerso, facendo sì che pure il contenzioso c.d. "bagatellare" raggiunga le aule di giustizia e si riducano i profitti illeciti dei danneggianti abituali, non può che preferirsi una "grande" azione di gruppo, improntata all'*opting-out*.

Senonché l'*opting-out* pare consigliabile anche nell'ottica del convenuto: a ben vedere questi si giova di un giudicato soggettivamente vasto, magari gravoso, ma esaustivo; certamente in caso di soccombenza egli può subire una condanna dalle dimensioni ragguardevoli, dovendo risarcire anche i danni patiti da chi mai avrebbe

	<p>aderito; in caso di vittoria, tuttavia, egli sarà sollevato da ogni responsabilità nei confronti di chiunque possa (o voglia) rientrare nella cerchia dei danneggiati, chiudendo definitivamente la partita. Il modello dell'<i>opting-in</i> resta per così dire a metà strada, perché il convenuto, se soccombe, risarcisce solo alcuni – normalmente pochi – aderenti, ma l'indomani può essere convenuto in sede individuale da tutti gli altri appartenenti alla classe, magari incoraggiati dal precedente favorevole appena formatosi in sede collettiva; se vince, non risarcisce alcuno, ma la pronuncia che lo manda indenne da responsabilità fa stato solo nei confronti dell'attore e degli aderenti, sicché nulla esclude che di lì a poco altri appartenenti alla classe, magari sulla base di argomentazioni giuridiche ulteriori, lo convengano nuovamente in sede individuale. La sconfitta è solo apparentemente più lieve, perché la soccombenza in sede collettiva può scatenare altro contenzioso, mentre la vittoria è certamente meno piena, perché opponibile solo all'attore ed ai pochi aderenti.</p> <p>Se dunque la <i>ratio</i> di qualsiasi azione di gruppo è duplice, incrementare l'effettività della tutela giudiziaria deflazionando ed armonizzando il contenzioso, l'<i>opting-out</i> centra meglio l'uno e l'altro obiettivo.</p>
Q12	<p>Lentezza e costi del processo sono elementi di scarsa effettività della giustizia civile in tutti i paesi membri (con punte di gravità preoccupanti in alcuni di essi). L'introduzione di strumenti armonizzati di tutela collettiva non verrebbe di per sé a vincere le difficoltà, ed anzi quegli stessi strumenti potrebbero esserne vittima a loro volta. Perché essi possano sopperire, anziché soccombere a quelle disfunzioni, s'impongono alcuni accorgimenti:</p> <ul style="list-style-type: none"> - come premesso [cfr. <i>supra</i>, Q7, lettera "d"]], tanto nell'azione collettiva di mero accertamento ed inibitoria, quanto nell'azione di gruppo risarcitoria il procedimento dovrebbe svolgersi in due fasi, l'una dedicata al previo controllo di ammissibilità della domanda, l'altra alla trattazione e decisione del merito; in questo modo, concentrando nella fase <i>sub</i> "a)" la delibazione sommaria dei presupposti preliminari dell'azione – ad esempio la qualità di piccola-media impresa dell'attore – si frapporrebbe un filtro precoce alle azioni d'interesse solo apparentemente generale, o per le quali sarebbe comunque più funzionale un'iniziativa individuale condotta secondo il rito ordinario (escluso però qualsiasi sindacato anticipato circa la fondatezza nel merito della domanda); solo azioni "veramente" allargate dovrebbero raggiungere la fase <i>sub</i> "b)", la quale, grazie all'accorpamento delle domande di tutela ed alla loro definizione contestuale, raggiungerebbe appieno il risultato deflattivo perseguito; - il riconoscimento automatico e l'efficacia di titolo esecutivo presso tutti i paesi europei della sentenza definitiva che decida nel merito l'azione collettiva o di gruppo avrebbe pure un effetto deflattivo transnazionale, con evidenti benefici in tutti i paesi coinvolti; - maggiore efficienza ed efficacia della giustizia civile, anche in chiave

	<p>transfrontaliera, arrecherebbe senz'altro la vincolatività del precedente, per lo meno quando pronunciato da Corti Supreme investite di compiti di nomofilachia (ma principi siffatti, che pure sarebbero di massima importanza ed urgenza, trascendono presumibilmente le esigenze ed i limiti della presente consultazione);</p> <ul style="list-style-type: none"> - quanto al profilo dei costi processuali si può far rinvio a quanto osservato <i>infra</i>, Q21.
Q13	<p>La divulgazione delle opportunità di tutela collettiva poste a disposizione dalla futura legislazione comunitaria ricopre un significato centrale nel perseguimento degli obiettivi d'effettività e razionalità dell'azione civile: occorre che il maggior numero possibile di soggetti abbia notizia della pendenza e dell'esito delle azioni allargate, sia per valersi in sede individuale del giudicato general-preventivo d'accertamento mero o inibitorio, laddove favorevole all'attore esponenziale, sia per dichiarare il proprio <i>opting-out</i> dall'azione di gruppo risarcitoria (quando, come auspicabile, il legislatore comunitario abbia preferito rifiutare il diverso modello dell'<i>opting-in</i>).</p> <p>A questi fini non ci si dovrà limitare a forme di pubblicazione ufficiale e legale, pur indispensabili, ma si tratterà di ricercare le soluzioni più consone al raggiungimento di una vera e ampia comunicazione, tenuto conto altresì delle particolarità del caso di specie. E' dunque auspicabile che il giudice adito vanti un ampio margine di discrezionalità nell'ordinare le forme divulgative più appropriate con riguardo all'azione pendente dinanzi a lui. Al contrario appare preferibile limitare la discrezionalità del giudice nell'identificazione della parte che dovrà sopportarne i costi, sia in via d'anticipazione, sia in via definitiva [cfr. più ampiamente, <i>infra</i>, Q21]. Si possono ipotizzare alcune soluzioni di massima, a scopo meramente indicativo.</p> <p>Se il procedimento allargato è suddiviso, come premesso [cfr. <i>supra</i>, Q7, lettera "d)"], in una prima fase deputata al controllo di ammissibilità dell'azione, ed in una seconda destinata alla definizione del merito, qualsiasi pubblicità dell'azione dovrà essere posticipata alla chiusura del controllo preliminare: è bene che solo un'azione certificata come ammissibile sia divulgata pubblicamente, cosicché il danno all'immagine patito dal convenuto – e connesso al mero esperimento dell'azione, indipendentemente dall'esito – sia per lo meno ristretto alle sole azioni risultate ammissibili.</p> <p>Ciò premesso, se l'azione ammissibile deve giungere a conoscenza del maggior numero di cittadini europei – di tutti coloro che potrebbero valersi del giudicato collettivo in sede individuale o dichiarare il proprio <i>opting-out</i> dall'azione di gruppo – il soggetto meglio capace di soddisfare quest'obiettivo appare senza dubbio il convenuto. Questi infatti potrà aver contezza, meglio di chiunque altri, della sfera soggettiva entro cui potrebbe essersi dispiegato l'illecito o delle controparti contrattuali che potrebbero essere state pregiudicate dall'inesattezza o dall'inesecuzione della prestazione promessa. Se dunque l'azione è già stata</p>

	<p>dichiarata ammissibile, il giudice ordinerà al convenuto di disvelare le informazioni in suo possesso, perché possano essere raggiunti dall'informazione tutti i più diretti interessati.</p> <p>Esaudito il descritto ordine di <i>disclosure</i> a carico del convenuto, questi potrà essere incaricato dal giudice di curare anche – in prima persona – l'attività informativa consequenziale, laddove conforme alle particolarità dell'azione esperita (e pure le relative spese saranno anticipate dal convenuto, salva la loro ripetizione per l'ipotesi di soccombenza dell'attore all'esito della lite [cfr. <i>infra</i>, Q21]); dovrà essere però fatto salvo il diritto del convenuto, pure nello svolgimento dell'attività informativa ordinatagli dal giudice, di esplicitare la propria contrarietà alle istanze sollevate con l'azione a suo carico e, in estrema sintesi, gli argomenti difensivi che intende addurre per contrastare in giudizio la domanda collettiva proposta nei suoi confronti.</p> <p>Le considerazioni appena formulate mantengono la loro fondatezza anche quando si tratti di procedimenti capaci d'aggregare pretese maturate all'interno di più stati membri (ad esempio quando gli appartenenti alla classe rappresentata in giudizio siano residenti o domiciliati in più paesi europei): anzi, l'ampiezza soggettiva della lite rende ancor più urgente la ricerca di forme divulgative mirate ed efficaci, tenuto conto della maggiore estensione geografica del territorio entro cui la comunicazione dovrà dispiegarsi e della necessità, ancora più evidente, di contenerne i costi.</p> <p>Dovrà in ogni caso escludersi che la mancata od imperfetta esecuzione della pubblicità, e più in generale dell'attività comunicativa attinente allo svolgimento del processo, possa condizionare in qualche modo la perseguibilità, e tanto meno determinarne la sospensione o la chiusura anticipata con sentenza di puro rito.</p>
Q14	<p>Nell'azione collettiva di accertamento mero ed inibitoria la rappresentatività dell'attore, soggetto esponenziale, non desta particolari interrogativi: poiché l'azione è finalizzata a domandare una pronuncia d'accertamento o un ordine inibitorio, e poiché i singoli danneggiati s'avvalgono del giudicato collettivo <i>secundum eventum litis</i>, senza subire alcun effetto preclusivo od ostativo, ma anzi potendo sempre esperire l'azione individuale o quella risarcitoria di gruppo, l'eventuale scarsa rappresentatività (politica, sociale, economica) dell'attore esponenziale non li espone ad alcun rischio.</p> <p>Riflessioni più attente merita invece la rappresentatività dell'attore nell'azione risarcitoria di gruppo, alla quale, come premesso, deve essere attivamente legittimata qualsiasi persona fisica e qualsiasi piccola-media impresa (ed in via dipendente e adesiva i soggetti esponenziali); in questo caso l'estensione soggettiva del giudicato sarà tale da comprendere tutti i membri del gruppo rappresentato in giudizio dall'attore, anche quando la pronuncia definitiva del merito sia sfavorevole (ed anzi dovranno essere previste preclusioni per garantire non solo il <i>ne bis in idem</i>, ma anche l'unicità del procedimento).</p> <p>Il problema deve però soppesarsi sotto due distinti profili, vale a dire quello della rappresentatività ideale e quello della rappresentatività gestionale.</p>

La prima è data dalla capacità di formulare e sostenere una domanda di tutela in ordine alla quale le questioni (di fatto o di diritto) comuni prevalgano su quelle individuali, facenti capo ai singoli appartenenti alla massa dei danneggiati: l'attore deve lasciar emergere un bisogno di tutela risarcitoria che possa davvero accomunare una moltitudine di aventi diritto, in relazione alla plurioffensività o serialità dell'illecito imputato al convenuto. Questa prevalenza delle questioni comuni, che sola giustifica lo svolgimento del processo aggregato, dovrà essere controllata dal giudice adito ai fini della pronuncia di ammissibilità dell'azione [cfr. *supra*, Q7, lettera "e)"]].

Il secondo profilo di rappresentatività, cioè la competenza tecnica e l'attitudine a condurre la lite in tutti i suoi aspetti, anche logistici e mediatici, dovrà essere scrutinato con esclusivo riferimento alle qualità non dell'attore-persona fisica o piccola-media impresa, bensì del suo avvocato: quest'ultimo dovrà rivelare e comprovare la propria preparazione professionale in vista della conduzione e gestione della lite aggregata in tutti i suoi aspetti.

Queste medesime caratteristiche dovranno essere vagliate in misura più rigorosa quando l'azione sia destinata ad assumere rilievo transnazionale: l'avvocato dell'attore dovrà infatti dimostrare, in via aggiuntiva, quella formazione professionale, culturale e linguistica che lo renda davvero rappresentativo di una potenziale comunità transfrontaliera e lo ponga nelle migliori condizioni per esercitare in quella prospettiva il mandato di gruppo. L'accertamento risulterà largamente semplificato, se verrà istituito – come pare auspicabile – un apposito albo professionale degli avvocati "europei", concorrente con quello locale.

Anche questo secondo profilo di rappresentatività dovrà essere controllato dal giudice in sede di delibazione preventiva dell'ammissibilità [cfr. ancora *supra*, Q7, lettera "e)"]].

Deve essere ammesso tuttavia anche un altro percorso per suffragare la rappresentatività di parte attrice, indipendentemente da quanto osservato in ordine alla congruità della sua difesa tecnica. Come anticipato [cfr. *supra*, Q7, lettera "b)"], accanto alla legittimazione attiva necessaria dell'attore-persona fisica o piccola-media impresa deve accordarsi una legittimazione concorrente e facoltativa ai soggetti esponenziali – già legittimati in via esclusiva all'azione d'accertamento mero ed inibitoria – i quali decidano di contribuire agli esborsi tipici del processo allargato, ne esonerino in tutto o in parte l'attore, e vi si affianchino nella conduzione e gestione della lite di gruppo. Il soggetto esponenziale dovrebbe però conseguire una legittimazione dipendente e meramente adesiva, potendosi fare co-attore della persona fisica o piccola-media impresa, ma non attore in via autonoma. Nondimeno, costituitosi in giudizio accanto all'attore principale, esso potrebbe svolgere attività difensiva anche in attuazione delle proprie finalità istituzionali, quale soggetto rappresentativo delle posizioni facenti capo a tutti gli appartenenti alla massa dei danneggiati.

	<p>La costituzione di parte attrice dovrebbe dunque ricostruirsi preferibilmente in termini di legittimazione multipla e congiunta, dell'attore-persona fisica o piccola-media impresa in proprio, quale portatore del diritto o interesse individuale che si assume lesa, e, in via facoltativa e dipendente, del soggetto esponenziale, in rappresentanza dei diritti e degli interessi omogenei facenti capo a ciascun membro della classe. Si creerebbe così un proficuo sodalizio di <i>private enforcement</i> fra proponente e soggetto esponenziale, un sodalizio nel quale l'uno fa valere una posizione soggettiva (pur sempre) individuale e propria, ancorché identica od omogenea a quella degli altri danneggiati, e l'altro persegue (anche) i suoi scopi statutari, assumendo la rappresentanza processuale di tutti i danneggiati, con ritorno d'immagine e di nuove quote associative.</p> <p>A garanzia dell'unitarietà ed uniformità nella conduzione tecnica della lite dovrebbe comunque prevedersi che, con la costituzione principale dell'attore-persona fisica o piccola-media impresa e quella adesiva del soggetto esponenziale, la rappresentanza tecnica dell'uno e dell'altro attore resti unica, e sia affidata ad un solo avvocato o ad un solo collegio difensivo.</p> <p>Attesa la pluralità, convergenza e completezza degli interessi rappresentati, la costituzione plurima di parte attrice (con rappresentanza tecnica di unico difensore) deve stimarsi garanzia certa di rappresentatività, con esonero da ogni sindacato discrezionale e "caso per caso" in sede di delibazione di ammissibilità.</p> <p>Le soluzioni proposte richiederebbero un'opera di sostegno e consolidamento dell'associazionismo privato transnazionale, perché soltanto soggetti operanti in più paesi membri potrebbero maturare un interesse statutario concreto a perseguire illeciti di diffusione internazionale; si potrebbero programmare incentivi economici tratti dal sopracitato fondo europeo [cfr. <i>supra</i>, Q9] e dedicati a finanziare soggetti e gruppi che abbiano promosso o cooperato alla conduzione di liti collettive di rilievo comunitario.</p> <p>In ogni caso la rappresentatività dell'attore principale, dell'eventuale soggetto esponenziale costituito in via adesiva e del loro comune difensore, impone che non vi siano convergenze d'interesse fra costoro ed il convenuto, ciò che il giudice dovrà vagliare con accuratezza in sede di delibazione dell'ammissibilità (anche per mezzo di iniziative istruttorie officiose), così da prevenire una conduzione della lite o la formazione di accordi conciliativi frutto di connivenza o collusione fra le parti, a danno della massa dei danneggiati rappresentati in giudizio dall'attore o dal soggetto esponenziale.</p>
Q15	<p>Certamente il fattore di maggior promozione dell'ADR e più in generale della conciliazione stragiudiziale delle liti – anche di quelle collettive – è dato da strumenti effettivi di tutela giudiziaria collettiva. La fruibilità di riti celeri, poco costosi e dall'esito vincolante anche in prospettiva transfrontaliera dovrebbe costituire lo stimolo prevalente nella ricerca di soluzioni transattive, anche da parte di chi, altrimenti, potrebbe trarre giovamento da strategie processuali dilatorie ed</p>

	<p>ostruzionistiche. Un processo lento, costoso per l'attore, dagli esiti incerti e di limitata vincolatività in fatto – dunque un processo scarsamente “effettivo” – non induce certo a transigere, o meglio non induce a transigere chi conti di sfruttare a proprio vantaggio quella scarsa effettività.</p> <p>Come noto nell'azione di gruppo risarcitoria – quella che più d'ogni altra potrebbe suggerire l'opportunità di soluzioni alternative al processo – la plurioffensività o serialità dell'illecito rendono numerosa la massa dei danneggiati: si pone dunque il problema di coinvolgere nell'accordo conciliativo non solo le parti (potenziali) del processo di gruppo, ma anche l'intero complesso dei danneggiati, portatori di posizioni omogenee a quella dell'attore e da questo (virtualmente) rappresentati nel giudizio allargato; prima ancora si pone l'esigenza di delimitarne lo spettro, identificando con esattezza le posizioni che vi possono rientrare e quelle che devono reputarsi escluse. Si tratta, in sintesi, di isolare l'insieme dei danneggiati e studiare le modalità di prestazione del loro consenso all'accordo conciliativo.</p> <p>Se così è, appare evidente che una vera e propria transazione allargata, dall'ambito (oggettivo e soggettivo) pari a quella di una potenziale azione collettiva, può avvenire solo nel corso del procedimento, e mai <i>a priori</i>. Infatti occorre giungere, per lo meno, all'identificazione esatta della cerchia dei danneggiati, ciò che presuppone non solo una domanda di tutela formulata dall'attore, ma anche la certificazione della classe effettuata dal giudice col provvedimento che dichiara ammissibile l'azione. Solo a questo punto la massa dei danneggiati può essere delimitata, per mezzo di criteri fissi che valgano a discriminare gli appartenenti dai non-appartenenti all'ambito (oggettivo e soggettivo) del futuro patto transattivo.</p> <p>Se viene adottato il sistema dell'<i>opting-out</i>, tutti i membri della classe, senza necessità d'esprimere alcuna adesione, sono automaticamente rappresentati in giudizio dall'attore principale o, se costituito, dal co-attore esponenziale, a meno che non esercitino l'<i>opting-out</i>: appare altrettanto naturale che l'attore li rappresenti unitariamente in sede di formazione e conclusione della transazione di gruppo. Esso avrà come parti formali il solo attore ed il solo convenuto, già costituiti in giudizio, ma come parti sostanziali anche quei danneggiati che non abbiano esercitato l'<i>opting-out</i> (e che sarebbero sottoposti agli effetti del giudicato, se il procedimento si concludesse con pronuncia inappellabile definitiva del merito).</p> <p>La transazione sarà vincolante anche per gli appartenenti alla classe, senza che costoro debbano (o possano) manifestare singolarmente il loro consenso. Una soluzione diversa non sarebbe né possibile in linea teorica – nel regime d'<i>opting-out</i> la classe è predefinita per mezzo di criteri selettivi astratti, sicché l'identificazione concreta dei membri non può che avvenire <i>a posteriori</i> e caso per caso – né possibile in linea pratica, apparendo irraggiungibile un consenso espresso e singolare di una grande massa di danneggiati.</p>
Q16	Non pare opportuno subordinare la procedibilità dell'azione collettiva d'accertamento mero e inhibitoria, così come di quella risarcitoria, alla previa ed

	<p>infruttuosa conclusione di una procedura conciliativa stragiudiziale. Infatti, se mancano i presupposti in fatto e in diritto per una “vera” composizione alternativa della lite – ed è su questi che occorre concentrare gli sforzi, per promuovere la più ampia transigibilità delle controversie di massa – l’introduzione di una procedura conciliativa obbligatoria si riduce a mera e costosa formalità, con effetti ulteriormente dilatori e defatigatori, e senza beneficio alcuno (se non per chi confidi proprio nella scarsa “effettività” del rito, ancor meno “effettivo” quando costringa a vani adempimenti privi fin dall’inizio di realistiche prospettive di successo).</p>
Q17	<p>Nell’azione di gruppo risarcitoria occorre vigilare perché la transazione, stretta fra i soli attore e convenuto [cfr. <i>supra</i>, Q15], sia davvero favorevole ai membri della classe, prevenendo il rischio di accordi poco redditizi, se non frodatori, per i diritti e gli interessi della massa dei danneggiati.</p> <p>La prima garanzia è data dall’assenza di convergenze d’interesse fra l’attore principale, il soggetto esponenziale (eventualmente costituito come co-attore adesivo) e il loro difensore, da un lato, ed il convenuto, dall’altro [cfr. <i>supra</i>, Q7, lettera “e”), punto 2^b]: detto requisito dovrà essere valutato dal giudice in sede di controllo di ammissibilità.</p> <p>Tuttavia il mero vaglio di ammissibilità dell’azione non appare bastevole ad assicurare congruità e lealtà dell’eventuale transazione di gruppo. La risposta potrebbe consistere nell’ampliamento ed approfondimento dei poteri istruttori ed officiosi del giudice, chiamato a verificare che l’accordo transattivo non sia gravemente iniquo per gli appartenenti alla massa dei danneggiati o frutto di collusione ai loro danni.</p> <p>Questo controllo di merito, eseguito dal giudice, non dovrebbe comunque impedire a ciascun membro della classe d’impugnare l’accordo in sede individuale per il caso di frode o collusione fra le parti del processo collettivo (e non anche per mera iniquità o non-congruità dell’accordo stesso).</p>
Q18	<p>Nelle controversie allargate che possono formare oggetto dell’azione di gruppo risarcitoria l’eventuale conciliazione, stretta da attore e convenuto dopo il vaglio di ammissibilità dell’azione e la certificazione della classe, acquisirà gli stessi effetti della pronuncia inappellabile definitiva del merito: esso, se ratificato dal giudice [cfr. ancora <i>supra</i>, Q17], vincolerà non solo le parti processuali formali, ma tutti gli appartenenti alla classe rappresentata in giudizio, eccezion fatta per coloro i quali abbiano esercitato tempestivamente l’<i>opting-out</i>.</p>
Q19	<p>Quanto premesso circa il riconoscimento automatico e l’efficacia di titolo esecutivo del giudicato collettivo presso tutti i paesi membri [cfr. <i>supra</i>, Q7, lettera “g”)], dovrà valere anche per l’eventuale conciliazione in corso di lite che ne tenga luogo.</p> <p>La definizione conciliativa della controversia, se verrà necessariamente ad incidere sulla disciplina delle spese processuali, non potrà tuttavia prevedere che quelle spese, pur ristrette alla sola fase d’ammissibilità, possano essere fatte gravare, in tutto o in</p>

	parte, sui membri della classe rappresentata dall'attore principale o dal co-attore esponenziale [cfr. <i>infra</i> , Q20].
Q20	<p>Il regime delle spese processuali – l'onere della loro anticipazione ed il loro addebito definitivo – costituisce certamente un fattore capace di orientare i comportamenti delle parti, disincentivando, se del caso, iniziative temerarie, così come strategie difensive votate alla pura dilazione ed all'ostruzionismo [cfr. <i>infra</i>, Q21].</p> <p>Inoltre – e come già proposto [cfr. <i>supra</i>, Q13] – nessuna pubblicità dovrebbe essere accordata all'azione finché questa non sia dichiarata ammissibile, così da limitare il danno all'immagine del convenuto a quelle sole informazioni giudiziarie che abbiano già ricevuto un primo avallo, seppur sommario ed allo stato degli atti, da parte dell'autorità giudiziaria.</p>
Q21	<p>Come premesso [cfr. ancora <i>supra</i>, Q7, lettera “d)”) i procedimenti in esame dovrebbero essere strutturati in due fasi successive, l'una dedicata al vaglio d'ammissibilità, l'altra alla trattazione e decisione del merito. L'anticipazione e l'addebito finale delle spese di giustizia e di quelle connesse al patrocinio difensivo dovrebbero essere regolati in maniera diversa per la prima e per la seconda fase dell'<i>iter</i>.</p> <p>Fino alla conclusione della prima fase, volta al controllo di ammissibilità, le spese processuali dovrebbero essere anticipate dalla parte chiamata (volta a volta) a farvi fronte, salva la loro ripetizione all'esito della lite secondo la regola della soccombenza.</p> <p>Se la procedibilità della domanda è poi certificata, aprendosi con ciò la fase di merito, da questo momento le spese di giustizia – ivi comprese quelle concernenti l'esercizio del patrocinio difensivo e la pubblicità dell'azione – dovrebbero essere anticipate dal convenuto, salva l'applicazione delle regola della soccombenza all'esito della lite; infatti, quando sia accertata l'ammissibilità dell'azione, il mero onere d'anticipazione delle spese successive costituirebbe per l'attore un ostacolo molto arduo, soprattutto se parte “debole” sostanziale, né parrebbe incongruo porre provvisoriamente quest'onere a carico del convenuto, che potrebbe sempre ripetere le somme anticipate in caso di vittoria di lite.</p> <p>Questo regime delle spese processuali dovrebbe essere previsto e disciplinato nel dettaglio da disposizioni inderogabili di legge, anziché rimesso a valutazioni discrezionali e “caso per caso” del giudice adito; e come già premesso [cfr. <i>supra</i>, Q13], la mancata od imperfetta esecuzione della pubblicità, e più in generale dell'attività comunicativa attinente allo svolgimento del processo, non dovrebbe mai condizionarne la proseguibilità o determinarne la sospensione o chiusura anticipata con sentenza non definitiva del merito.</p>
Q22	Può farsi rinvio a questo esposto <i>supra</i> , in risposta ai quesiti Q3, Q7, lettera “b)”, e Q14.
Q23	Come premesso [cfr. <i>supra</i> , Q14] la rappresentatività dei soggetti esponenziali ai fini

	<p>dell'azione collettiva d'accertamento mero ed inibitoria non dovrebbe costituire un requisito di legittimazione attiva, ben potendo quest'ultima essere riconosciuta a qualsiasi associazione privata, comitato o fondazione che invochi la relativa tutela. Fermo restando il principio del <i>ne bis in idem</i>, che esclude la riproposizione della stessa azione fra le stesse parti, quando essa sia già stata decisa una prima volta con pronuncia inappellabile e definitiva del merito, il giudicato collettivo di mero accertamento ed inibitorio non dovrebbe precludere l'esperimento di azioni individuali o di gruppo risarcitorie, all'interno delle quali esso farà stato solo se favorevole all'attore. Attesi dunque gli effetti non preclusivi del giudicato collettivo e la sua fruibilità <i>secundum eventum litis</i>, non v'è ragione per la quale la legge o il giudice debba premunirsi di verificare la rappresentatività dell'attore collettivo.</p> <p>Quanto all'azione di gruppo risarcitoria, in ordine alla quale potrebbe emergere un problema di rappresentatività, deve farsi rinvio a quanto già osservato [cfr. <i>supra</i>, Q14 e prima ancora Q7, lettera "e)", punto 2^b]. La legge segnerà dunque i parametri generali del controllo di ammissibilità dell'azione, fra i quali sarà compresa anche la rappresentatività di parte attrice, intesa nel senso appena illustrato; spetterà poi al giudice valutare detta rappresentatività nel caso di specie, ma senza poterla negare discrezionalmente sulla base di criteri valutativi diversi da quelli tassativamente stabiliti dalla legge.</p>
Q24	<p>Presso la maggior parte degli ordinamenti europei è previsto che in taluni giudizi civili debba o possa intervenire la pubblica accusa, chiamata a salvaguardare l'interesse pubblico eventualmente implicato dai giudizi stessi. Le ipotesi d'intervento obbligatorio o facoltativo del pubblico ministero non sono facilmente riducibili ad unità, ma sottendono tutte l'esigenza che anche nel processo civile – per lo meno in alcune controversie settoriali – siano posti in rilievo e perseguiti interessi sovraindividuali di particolare rilievo ed urgenza.</p> <p>Se così è, si dovrebbe prevedere la partecipazione obbligatoria della pubblica accusa a tutti i procedimenti allargati, sia di carattere declaratorio o inibitorio, sia di carattere risarcitorio. Appare infatti apprezzabile l'apporto che potrebbe scaturirne nel perseguimento delle finalità ultime del rito collettivo, che anche nella versione risarcitoria – e sia pur indirettamente – reca sempre in sé un rilievo sovraindividuale, se non un vero e proprio interesse pubblico, tenuto conto dell'ampio numero dei danneggiati e del volume dei danni provocati.</p> <p>La pubblica accusa, con i poteri istruttori ed investigativi che le sono propri, potrebbe svolgere un ruolo importante anche nella prevenzione delle collusioni frodatorie fra le parti del processo, a danno degli appartenenti alla classe dei danneggiati. Essa varrebbe ad integrare e stimolare l'esercizio dei (pochi) poteri officiosi che i sistemi processuali vigenti nei paesi europei attribuiscono al giudice civile, in considerazione della peculiare complessità e concentrazione del processo aggregato.</p>
Q25	<p>Al di là di quanto premesso in ordine al costituendo fondo europeo per le azioni collettive [cfr. <i>supra</i>, Q9] ed all'opportunità che i singoli stati membri deliberino</p>

politiche di sostegno ai soggetti titolati alle azioni collettive e di gruppo – e segnatamente a quelli esponenziali – occorre studiare forme aggiuntive di autofinanziamento che non onerino le pubbliche autorità.

Come premesso [cfr. in particolare *supra*, Q14] nell'azione di gruppo risarcitoria deve essere ammessa una co-legittimazione facoltativa e adesiva dei soggetti esponenziali, chiamati a supportare l'attore principale nella conduzione della lite e ad assumere la rappresentanza unitaria di tutti gli appartenenti all'insieme dei danneggiati. Il soggetto esponenziale svolgerebbe dunque un'attività ("endo-" ma anche "extra-processuale") non solo nell'interesse concorrente dell'attore principale, ma anche nella sua qualità di rappresentante processuale *ex lege* di ciascun danneggiato. E' questo un interesse "proprio", nel senso di scindibile (ancorché omogeneo e convergente) rispetto a quello dell'attore principale.

Senonché pare opportuno affidare a questo co-attore adesivo, se costituito in giudizio, anche la cura di un interesse strettamente esponenziale e "proprio", nel senso di interesse svincolato dalla funzione rappresentativa appena descritta. Il soggetto esponenziale dovrebbe poter domandare ed ottenere la restituzione del c.d. profitto illecito maturato dal convenuto in conseguenza del danno di massa (la *Gewinnabschöpfung* del diritto tedesco) ed in esubero rispetto ai risarcimenti spettanti all'attore principale ed a ciascun componente della classe. Se l'illecito plurioffensivo o seriale ha prodotto un arricchimento del convenuto che travalichi l'ammontare del danno procurato all'attore ed ai membri della classe – sicché una condanna "meramente" risarcitoria non varrebbe ancora a distrarre ogni indebito guadagno – quel *quid pluris* dovrebbe essere assegnato al soggetto esponenziale.

Quest'assegnazione coglierebbe due obiettivi auspicabili: da un lato, essa restituirebbe all'azione civile la sua piena efficacia dissuasiva, privando di realistiche *chances* di successo prassi imprenditoriali tese all'illecito c.d. "efficiente", perché più remunerativo di quanto possa nuocere una futura, e sempre eventuale, condanna risarcitoria (e di regola la remunerazione illegittima s'accresce di molto quando il danno sia seriale); dall'altro lato l'assegnazione del profitto illecito al soggetto esponenziale, privo di finalità lucrative, garantisce il reinvestimento delle utilità così conseguite nell'attività statutaria del medesimo (ed al più occorrerà vigilare sulla buona amministrazione del patrimonio rinveniente dalle assegnazioni, senza subordinarle però in alcun modo al riconoscimento dell'ente).

Non appare viceversa essenziale collegare l'introduzione dei riti in oggetto a quella di tecniche risarcitorie "ultra-" od "extra-compensative", che pure ne rappresenterebbero un importante fattore di concretezza e deterrenza; v'è il rischio che il prevedibile inasprimento del dibattito scientifico e politico – il tema dei *punitive damages* è in Europa ancora agli albori - vanifichi il progetto nel suo complesso.

Deve però precisarsi che – a quanto consta – le distorsioni cui ha dato luogo la liquidazione di danni "punitivi" nell'esperienza statunitense non sono dipese, in sé,

	<p>dal rifiuto del principio di specularità fra danno e risarcimento – principio che è sempre tendenziale, e ben può arretrare dinanzi a comportamenti intenzionali e continuati – ma dall’uso che dei <i>punitive damages</i> hanno fatto le giurie popolari, all’esito di “grandi” <i>class actions</i> di pubblico dominio.</p> <p>Nei sistemi processuali europei, dove la giustizia civile è sempre amministrata da giudici professionisti e minore è la pressione esercitata dall’opinione pubblica, gli eccessi d’oltreoceano appaiono possibilità remote, mentre l’impiego misurato di risarcimenti e restituzioni ultra-compensativi potrebbe contribuire ad un auspicabile recupero di effettività dell’azione civile.</p>
Q26	<p>Le soluzioni proposte per procurare forme di auto-finanziamento o di sostegno pubblico ai soggetti legittimati alle azioni collettive dovrebbero rendere superflue altre (e pericolose) strategie, pur adottate presso alcuni paesi membri. In particolare appare immeritevole di approvazione la prassi in forza della quale privati speculatori, anziché finanziare i processi allargati con l’usuale concessione di credito agli attori o comunque ai soggetti coinvolti nell’<i>iter</i>, si rendono cessionari dei diritti controversi e delle azioni corrispondenti, normalmente già intraprese, anche in sede collettiva.</p> <p>Operazioni di questo genere tendono a snaturare il processo civile, che da strumento insostituibile per la protezione dei diritti e degli interessi del cittadino degrada a mercato dei capitali di rischio, quasi che l’azione giudiziaria possa equipararsi, per lo meno in fatto, ad una qualsiasi impresa lucrativa.</p> <p>Può invece giocare un ruolo costruttivo l’assicurazione contro i rischi del processo collettivo o di gruppo, ciò che consentirebbe di farne gravare l’alea, per lo meno in parte, sull’assicuratore anziché, per intero e definitivamente, sull’attore assicurato; il sinistro indennizzabile potrebbe essere individuato nel superamento di una certa soglia di spese legali e processuali, a fronte del pagamento di un premio che tenga conto della complessità e dell’imprevedibilità dell’<i>eventum litis</i>. Non è però materia che richieda misure autoritative o non autoritative a livello di diritto comunitario, ben potendo essere lasciata all’autonomia delle parti, nella ricerca del miglior punto di equilibrio fra i contrapposti interessi contrattuali.</p>
Q27	<p>Quanto al regime delle spese processuali in genere, può farsi rinvio a quanto già osservato [cfr. <i>supra</i>, Q21].</p> <p>Deve ammettersi il diritto dell’attore alla ripetizione di tutte le spese affrontate per l’instaurazione della lite, se all’esito di questa egli risulti pienamente vittorioso nel merito: oltre alle spese di giustizia (ivi comprese, per le liti collettive, le spese di comunicazione e pubblicità dell’azione) ed a quelle connesse all’espletamento del patrocinio legale, dovranno reputarsi ripetibili tutti i costi di gestione materiale ed amministrativa della lite allargata. Nei procedimenti collettivi d’accertamento mero e inibitori, questo varrà per l’attore-soggetto esponenziale, cui spetta la legittimazione attiva esclusiva, mentre nei procedimenti risarcitori si potranno valere della piena ripetibilità delle spese tanto l’attore-persona fisica o piccola-media impresa quanto il co-attore adesivo esponenziale, il quale anzi vanterà il maggior interesse alla</p>

	restituzione delle somme impiegate nello svolgimento delle attività organizzative e gestionali tipiche delle controversie di gruppo.
Q28	<p>Si può consigliare infine una congrua politica europea di detassazione di taluni procedimenti collettivi, ed in primo luogo di quelli con finalità meramente dichiarativa ed inibitoria, rimessi all'iniziativa esclusiva dei soggetti esponenziali: poiché in questi casi l'oggetto sostanziale del procedimento deve racchiudere un interesse pubblico o comunque sovraindividuale, emergono seri argomenti per concedere una piena esenzione fiscale ai relativi procedimenti in tutti i paesi dell'Unione.</p> <p>Allo stato non appare viceversa praticabile una generale ammissione di queste procedure al gratuito patrocinio a spese del singolo paese membro: l'opzione potrà essere prescelta in questo o quell'ordinamento, ma non potrà realisticamente divenire l'oggetto di una direttiva vincolante a livello di diritto UE.</p>
Q29	<p>Il problema della "libera circolazione" delle decisioni nello spazio giudiziario europeo, per lo meno nell'ambito materiale del diritto UE, è di respiro più generale: certamente anche le pronunce collettive o di gruppo, che definiscano nel merito domande di tutela comuni ad una molteplicità transnazionale di cittadini europei, non avrebbero riflesso pratico senza una loro efficacia soggettivamente indifferenziata e senza una loro esecutorietà transfrontaliera. E' il tema delle molte riflessioni che si conducono, ormai da tempo, sulla necessità dello spazio giudiziario comune.</p>
Q30	<p>Poiché tuttavia l'obiettivo dello spazio giudiziario comune – senz'altro auspicabile, ma lontano – rischierebbe di ritardare oltre misura l'affermazione pratica (anche) dei rimedi in oggetto, s'è proposto di rendere almeno questi ultimi capaci di concludersi con decisioni automaticamente riconosciute ed esecutorie in tutti i paesi membri [cfr. <i>supra</i>, Q7, lettera "g)"]. La sentenza inappellabile che decida nel merito l'azione collettiva o di gruppo dovrebbe fare stato, indipendentemente dalla cittadinanza e dalla residenza dei soggetti ad essa sottoposti e, se di condanna, dovrebbe costituire titolo automaticamente eseguibile in tutti i paesi membri.</p> <p>Senza questi automatismi non sarebbe possibile né prevenire il <i>forum shopping</i> – fenomeno aberrante nel contesto di un mercato che si vuole unico – né garantire una "vera" effettività transfrontaliera dei sistemi di tutela collettiva, destinati ad essere coltivati solo in prospettiva nazionale e magari in forma parallela e simultanea all'interno di questo o quel paese membro. Alla scarsa effettività transfrontaliera si unirebbe anche una scarsa capacità deflattiva, ed anzi l'attitudine a sprigionare un contenzioso frammentato e dagli esiti incoerenti all'interno dell'Unione.</p>
Q31	<p>Le istituzioni europee dovrebbero però investire maggiori risorse per così dire "a monte": l'affermarsi e il diffondersi di strumenti transfrontalieri di tutela giurisdizionale – ed in primo luogo dei rimedi collettivi oggetto delle presenti note – contribuirà certamente alla formazione della cittadinanza europea, ma è proprio quest'ultima a costituire, per lo meno in prospettiva, il primo fattore propulsivo della</p>

	<p>giustizia civile europea. Senza un'opera crescente di mediazione culturale e linguistica – tanto più essenziale con l'allargamento dei confini dell'Europa unita – diviene difficoltoso prospettare un largo accesso transnazionale ai rimedi in oggetto. S'impongono al riguardo alcune misure (anche) non autoritative.</p> <p>Particolare cura dovrebbe essere riposta nella formazione universitaria e post-universitaria degli operatori giuridici "europei" [profilo cui s'è già fatto cenno <i>supra</i>, Q9]: lo svolgimento di processi collettivi di rilievo inter-europeo non sembra neppure pensabile senza la formazione di operatori del diritto preparati ad affrontare l'alto tasso di complicazione che la transnazionalità delle liti porta inevitabilmente con sé; è notorio invece che questo percorso culturale e formativo, già ampiamente battuto presso taluni stati membri, patisce enormi ritardi in altri, sicché non ricorre ancora una soddisfacente omogeneità d'approccio e di risultati all'interno dell'Unione.</p> <p>Non minore cura dovrebbe essere riposta nella divulgazione e comunicazione multilinguistica delle informazioni concernenti le procedure collettive e di gruppo aventi rilievo transnazionale [come premesso <i>supra</i>, Q9]: solo così gli interessati potrebbero decidere d'intraprendere azioni individuali o di gruppo sulla base di un previo giudicato collettivo d'accertamento mero o inibitorio, ovvero dichiarare l'<i>opt-out</i> da un'azione di gruppo risarcitoria, il cui giudicato li vincolerebbe a prescindere dalla nazionalità delle parti processuali e del giudice adito, per il solo fatto di essere membri della classe rappresentata in giudizio.</p>
Q32	<p>Oltre ai principi riassunti <i>supra</i>, in risposta al quesito Q7, ulteriori suggerimenti di carattere generale sono illustrati in risposta ai quesiti Q9, Q10, Q13, Q21, Q24, Q25 e Q28 (cui può farsi rinvio).</p>
Q33	<p>Il lavoro della Commissione UE sulle azioni di gruppo risarcitorie deve certamente oltrepassare gli ambiti del diritto della concorrenza e della protezione dei consumatori, per includere la tutela di ogni posizione soggettiva riconosciuta dal diritto UE secondo il quadro di valori recepito dalla vigente Carta di Nizza (fonte primaria del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 6, in particolare comma 1, nuovo testo, TUE).</p> <p>Si consideri inoltre che specializzare un istituto, riducendone progressivamente l'ambito d'operatività, significa alimentare, anziché spegnere il contenzioso sui suoi presupposti: quanto più sono "stretti", tanto più si discuterà della loro ricorrenza, e dunque dell'ammissibilità stessa del suo impiego. Una fitta rete di costrizioni e delimitazioni invita a dibattere persino dei presupposti iniziali del processo collettivo, ritardando o impedendo una pronta e fruttuosa trattazione del merito; viceversa propendere per requisiti "larghi", oltre ad estendere il raggio della tutela collettiva, ne favorisce l'efficacia, scongiurando il rischio che il processo sia ostacolo, anziché veicolo di quella tutela. E' opportuno dunque che i futuri rimedi collettivi siano di portata generale e non soffrano limitazione alcuna del loro ambito materiale.</p>

	Inoltre, qualora l'introduzione dei rimedi in oggetto ne rendesse manifesta la necessità o l'opportunità, non si dovrebbero escludere iniziative della Commissione UE volte anche ad integrare o modificare la disciplina di ulteriori istituti ed aree del diritto civile (in particolare la disciplina dei contratti e della responsabilità civile).
Q34	Quanto appena affermato [cfr. <i>supra</i> , Q33] vale non solo per l'azione di gruppo risarcitoria, ma per ogni rimedio collettivo che la Commissione UE intenda inserire nell'ordinamento comunitario e conseguentemente in quelli derivati. Non v'è branca o settore normativo che debba rimanere immune da rimedi collettivi a carattere di accertamento mero, inibitorio e risarcitorio.