

Class action e meccanismi di tutela collettiva

Le prospettive di sviluppo
e le sfide della dimensione digitale

a cura di

Alessandro Palmieri
Francesca Altamura



Giappichelli

Introduzione

Alessandro Palmieri

Nell'ambito del convegno conclusivo del Progetto Jean Monnet “European Legal Strategies for payment systems in the Open Banking Age”, che si è svolto dal 12 al 15 ottobre 2022 nelle aule del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Siena e nella splendida cornice della Certosa di Pontignano, una delle sessioni è stata dedicata alla class action e ai meccanismi di tutela collettiva. Il presente volume raccoglie i contributi predisposti da alcuni dei partecipanti al predetto convegno, offrendo una panoramica aggiornata, e densa di spunti comparatistici, sugli sviluppi degli istituti preposti alla tutela metaindividuale dei soggetti prevaricati, con precipuo riferimento alle istanze protettive dei consumatori e degli utenti.

Invero, il problema di dotarsi di mezzi efficaci di reazione collettiva è particolarmente avvertito nei contesti legati alle dinamiche digitali. Come testimonia l'esperienza maturata nello scorcio iniziale del XXI secolo, si profila un rischio, tutt'altro che remoto: le grandi piattaforme che hanno occupato un ruolo centrale nell'offerta di servizi online (quali il social networking, la fornitura di un motore di ricerca, l'intermediazione online tra venditori professionali e acquirenti di matrice consumeristica; sulle problematiche contrattuali relative al servizio da ultimo menzionato, sia consentito rinviare ad A. PALMIERI, *Profili giuridici delle piattaforme digitali. La tutela degli utenti commerciali e dei titolari di siti web aziendali*, Giappichelli, Torino, 2019) potrebbero approfittare della posizione di forza conquistata piuttosto rapidamente – d'altronde, in qualche caso esse sono già finite sul banco degli imputati per averlo fatto – e fondata non solo sul potere computazionale, che arride anche ad altri protagonisti dei mercati digitali, ma anche (e soprattutto) sul controllo di ingenti quantità di dati personali (v., ad es., O. LYNKEY, *Regulating for the Future: The Law's Enforcement Deficit*, in *Studies: An Irish Quarterly Review*, 2023, vol. 112, n. 445, p. 104: “Data analytics, including automated decision-making and machine learning, enable the holders of data to categorize and sort individuals in novel ways and to differentiate between cohorts on this basis”). Siffatte condotte abusive non necessariamente sono tali da integrare una violazione antitrust, in quanto sono suscettibili

di essere perpetrate anche da chi non è l'incontrastato leader del mercato (non foss'altro perché manca una ragionevole certezza in ordine alla stabilità nel tempo di tale leadership), a scapito delle controparti contrattuali, facendo leva su meccanismi di matrice negoziale.

E, se ci si può attendere che la platea degli utenti colpiti sia piuttosto estesa, è verosimile che in una frazione numericamente cospicua delle situazioni patologiche i danneggiati si trovino a sopportare perdite (patrimoniali e non) di modesta entità. Si pensi, ai pregiudizi scaturenti dalla violazione delle regole sul trattamento dei dati personali (nel sistema europolitano, dettate dal Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati). Come ha chiarito la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza resa il 4 maggio 2023, causa C-300/21, *UI c. Österreichische Post AG*, non è possibile per i sistemi giuridici dei Paesi membri negare il risarcimento del danno non patrimoniale al di sotto di una soglia minima di rilevanza dai medesimi discrezionalmente fissata, quand'anche ciò avvenisse in sintonia con le regole interne generalmente applicabili al ristoro di tale voce di pregiudizio. Ma proprio questa apertura, unitamente alla circostanza che i giudici nazionali devono applicare le norme interne ai fini della commisurazione dell'entità del risarcimento pecuniario (sia pure con il limite invalicabile del rispetto dei principi di equivalenza e di effettività del diritto dell'Unione) incrementa le probabilità di trovarsi al cospetto di un ristoro che, nel singolo caso, si attesta su un ordine di grandezza relativamente basso, sì da disincentivare la scelta di rivolgersi al giudice per essere compensati (al riguardo, v. M. FEDERICO, *European Collective Redress and Data Protection Challenges and Opportunities*, in *MediaLaws*, 2023, 1, p. 86; ivi si mette in evidenza che “group actions are not only a deterrent to businesses engaging in unlawful conducts; more importantly, they may grant individuals effective relief” [p. 103]).

Nei mercati digitali, dunque, si materializzano con una certa frequenza gli scenari nei quali l'aggregazione delle pretese sparse riesce a sopperire al deficit di iniziativa dei singoli e si presta a far sì che il private enforcement non resti più la proverbiale arma spuntata, ma funga da valido (e, come da tempo propugna la letteratura gius-economica, indefettibile) complemento del public enforcement. Questo binomio è ormai percepito come inscindibile sul fronte pro-consumeristico. Lo si evince, ad esempio, dal Position Paper preparato nel 2019 dal Bureau Européen des Unions de Consommateurs (gruppo che riunisce 45 organizzazioni stabilite in 31 nazioni) dal titolo “Access to Consumers' Data in the Digital Economy”, nel quale, con riferimento alla protezione dei dati personali, si è sottolineato che “public and private enforcement should work in tandem in order to deter behaviour regarding data handling that would be incompatible with the GDPR while at the same time allowing consumers to seek redress when their rights are breached”.

Sennonché, focalizzando lo sguardo sulle istituzioni dell'Unione Europea, si nota un atteggiamento a dir poco ondivago. Il notevole impegno profuso nel regolamentare in maniera uniforme i fenomeni dell'era digitale, la cui epifania è il c.d. D-Package (composto dalla triade Digital Markets Act [DMA], Digital Services Act [DSA] e Data Governance Act [DGA]) si abbina, infatti, a una rinnovata apertura di credito verso le autorità statali, mentre il private enforcement sembra rimanere sullo sfondo (sul punto, v. P.G. PICH, *Private Enforcement for the DSA/DGA/DMA Package*, in H. RICHTER, M. STRAUB, E. TUCHTFELD, *To Break Up or Regulate Big Tech? Avenues to Constrain Private Power in the DSA/DMA Package*, Max Planck Institute for Innovation and Competition, München, 2021, p. 98 ss.; l'A. conclude il suo contributo, ponendo l'accento sul fatto che la criticità in questione può essere riguardata alla stregua di un "another symptom for the lack of a sufficiently robust, harmonized legal framework for such private legal action in Europe" [p. 102]). Per converso, nel campo della tutela dei consumatori – tornando a porre lo sguardo sulla dimensione rimediale collettiva – un significativo passo in avanti è stato fatto con l'adozione, all'esito di un lungo e laborioso percorso, della direttiva (UE) 2020/1828, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, che – sia pure a fatica – è in via di recepimento negli ordinamenti nazionali. Orbene, nel novero delle azioni esperibili figurano quelle volte a ottenere provvedimenti risarcitori, che coprono un'area piuttosto estesa, ricomprendendo "rimedi quali un indennizzo, la riparazione, la sostituzione, una riduzione del prezzo, la risoluzione del contratto o il rimborso del prezzo pagato". E, tra i legislatori nazionali, c'è già chi ha provato a spingersi più in là del benchmark eurounitario. In siffatta schiera si distingue il legislatore italiano, artefice della nuova azione di classe a vocazione generale, inserita nel codice di rito nel 2019 e divenuta operativa a distanza di poco più di due anni (v. E. SILVESTRI, *Rebooting Italian Class Actions*, in A. UZELAC, S. VOET (eds.), *Class Actions in Europe. Holy Grail or a Wrong Trail?*, Springer International Publishing, Cham, 2021, p. 201 ss.).

L'impressione è che, in Italia e nei Paesi dell'Europa Continentale, si stia gradualmente diffondendo a tutti i livelli una certa consapevolezza sull'includibile valenza degli strumenti di tutela collettiva, il cui radicarsi è vieppiù auspicabile in chiave di difesa e promozione dei c.d. diritti digitali (si può richiamare nuovamente M. FEDERICO, *op. loc. cit.*: "while collective redress poses big challenges, it could certainly be an important tool for the enforcement of digital rights in the era of ICTs"). Lo stesso dicasi per quanto riguarda gli interessi degli utenti dei servizi finanziari, anch'essi a propria volta sempre più digitalizzati (v. N. VARDI, *Collective Redress for Consumers of Financial Services*, in P. TERESZKIEWICZ, M.J. GOLECKI, *Protecting Financial Consumers in Europe*, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, 2023, p. 324 ss.). Nondimeno, il cam-

mino così intrapreso è alle prime battute e un salto di qualità presuppone un mutamento ‘culturale’. Del resto, proprio i fattori culturali sembrano frenare l’attecchimento in Europa della class action US-style, che peraltro non andrebbe *sic et simpliciter* scimmiettata, ma opportunamente adattata (per lo stato dell’arte, v. A. UZELAC, S. VOET, *Collectivization of European Civil Procedure: Are We Finally Close to a (Negative) Utopia?*, in A. UZELAC, S. VOET (eds.), *Class Actions in Europe*, cit., p. 3 ss.).

I saggi compresi nel presente volume si inseriscono a pieno titolo nel dibattito in corso, che ha già un considerevole background, ma non è certo destinato ad atrofizzarsi nei prossimi decenni, dovendosi piuttosto ipotizzare una sua crescita di pari passo con l’emergere e l’affermarsi di nuovi paradigmi tecnologici (in effetti, a fronte dei danni derivanti dall’uso di sistemi di intelligenza artificiale, già si è prospettata l’utilità della tutela risarcitoria di matrice collettiva, sul presupposto che “[h]armful impacts of deployed AI systems are typically never limited to individuals, but will often affect many people within one or more social groups or communities in similar (if not identical) ways”: così I. OGUNLEYE, *AI’s Redress Problem Recommendations to Improve Consumer Protection from Artificial Intelligence*, CLTC White Paper Series, University of California, Berkeley, 2022, p. 15; istanze analoghe sono state avanzate nel settore dei crypto-assets nel lavoro di D.A. ZETZSCHE, R.P. BUCKLEY, D.W. ARNER, M.C. VAN EK, *Remaining regulatory challenges in digital finance and crypto-assets after MiCA*, publication for the Committee on Economic and Monetary Affairs (ECON), Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg, 2023, p. 18). L’auspicio è che le considerazioni articolate nelle pagine che seguono, prese nel loro insieme, contribuiscano a individuare le linee di tendenza per i cennati sviluppi, offrendo spunti di riflessione non solo alla comunità scientifica, ma altresì ai decisori istituzionali che saranno chiamati a incanalare i flussi innovatori verso soluzioni efficienti ed eque.

Azione rappresentativa europea e società digitale. Un'analisi comparativa

Gabriella Mazzei

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

1. Società digitale, nuove asimmetrie di potere e tutela collettiva

I dati rappresentano il nuovo valore di scambio, sempre più importante per gli operatori economici poiché il valore che ne deriva, una volta aggregati e analizzati su larga scala, va ben oltre il ricavo che può trarsi dalla singola relazione contrattuale, consentendo profilazione della clientela, promozione commerciale personalizzata, pianificazioni d'impresa estremamente efficaci, con notevoli vantaggi in termini di competitività¹.

A causa di lacune e inadeguatezze delle normative, spesso più adeguate alla realtà analogica che a quella digitale, forti poteri privati², mossi da logiche e finalità di profitto, accentrano nelle proprie mani enormi insiemi di dati aggregati, cosiddetti big data, per inferirne, attraverso avanzate tecnologie e sofisticati algoritmi³, conoscenza del presente e previsioni sul futuro.

¹ I dati sono definiti “il petrolio del XXI secolo” in quanto risorsa essenziale che alimenta l'intera economia globale come il petrolio ha alimentato l'economia industriale nei due secoli scorsi.

² Come i colossi del settore tecnologico e le grandi piattaforme digitali.

³ L'algoritmo è una sequenza di regole e istruzioni che una macchina segue per compiere una determinata operazione in vista di un particolare risultato. Cfr. E. DIETRICH, *Algorithm*, in

Da asimmetrie di potere informativo derivano asimmetrie di potere economico e contrattuale con conseguenti rischi di abusi nei rapporti giuridici: contrattazioni aggressive, inique e lesive di diritti, distorsioni della concorrenza, discriminazioni, violazioni di diritti fondamentali. Tali asimmetrie di potere rendono il singolo individuo incapace di autodeterminarsi nella fase della contrattazione e di tutelarsi nella fase della controversia.

Questi fenomeni, tipici della società post-industriale e dei rapporti di consumo di massa, vengono enormemente amplificati nella società digitale⁴ in cui milioni di individui su scala mondiale acquistano gli stessi prodotti, usufruiscono degli stessi servizi, accedono agli stessi contenuti, utilizzano gli stessi sistemi di pagamento, le stesse piattaforme, le stesse app; in cui gli illeciti posti in essere dai grandi operatori economici possono incidere in modo analogo sulle sfere giuridiche di vastissime pluralità di individui: consumatori, utenti, clienti, professionisti o semplicemente cittadini.

Si tratta spesso di pluralità indefinite, non coese, non organizzate, troppo vaste e disperse per potersi aggregare spontaneamente e colmare così lo squilibrio di forze rispetto al grande operatore economico, che da tali innumerevoli microlesioni trae enormi profitti; si tratta di individui portatori di interessi che, sebbene accomunati dalla loro serialità, sono estremamente atomizzati, disseminati, spesso di esiguo valore economico; l'esiguità delle singole pretese risarcitorie rende irrazionale la scelta di intraprendere un'iniziativa giudiziaria individuale con i connessi costi e disagi.

Nella società digitale appaiono così ancora più evidenti i limiti della dimensione individuale della tutela degli interessi lesi da illeciti di massa e la necessità di strumenti di tutela giurisdizionale collettiva che consentano di superare gli ostacoli all'accesso alla giustizia propri del contenzioso seriale, dovuti alle asimmetrie di potere che privano i singoli danneggiati della motivazione e della forza necessarie per difendersi con il rimedio ordinario dell'azione individuale.

Ad essere inciso dall'illecito plurioffensivo è un complesso insieme di interessi in cui si intrecciano interessi individuali e interessi la cui dimensione va ben oltre i confini, cari alla tradizione giusnaturalistica, delle sfere giuridiche individuali. L'aggregazione processuale plurisoggettiva consente di tutelare i molteplici interessi incisi: gli interessi individuali sottesi ai diritti dei singoli danneggiati; l'interesse individuale del convenuto alla possibilità di prevedere e gestire i costi connessi al contenzioso seriale; l'interesse generale al raziona-

R.A. WILSON, F.C. KEIL (a cura di), *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*, Cambridge, 1999, p. 11 s.

⁴Cfr. F. FAINI, *Data society. Governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, Milano, 2019, p. 377 ss.

le ed efficiente utilizzo delle risorse giurisdizionali e alla coerenza degli esiti processuali; l'interesse generale ad un'efficace deterrenza delle condotte illecite seriali attraverso contenziosi collettivi aventi ad oggetto somme significative anche in rapporto alla forza economica delle grandi imprese e dunque idonei a neutralizzarne i profitti derivanti dagli illeciti e a indurle al rispetto delle regole che presidono alle loro attività; gli interessi generali al corretto funzionamento dei mercati e alla fiducia nei mercati, alla competitività dei sistemi economici, al mantenimento dell'ordine democratico⁵.

2. Il modello statunitense della *class action*

La globalizzazione dei mercati favorisce la circolazione di modelli appartenenti alla cultura giuridica dei paesi economicamente più sviluppati ed in particolare di modelli statunitensi che influenzano le tendenze evolutive di diversi sistemi giuridici⁶.

Il fenomeno, manifestatosi negli ultimi decenni in Europa, della «progressiva espansione delle funzioni di deterrenza delle condotte illecite svolte dalla giustizia civile»⁷ ne offre un significativo esempio, sebbene non si tratti di un'assoluta novità per i sistemi giuridici di tradizione romanistica. In questa direzione si pongono recenti interventi legislativi nazionali in materia di azioni collettive, influenzati dal modello statunitense della *class action* che «pur conoscendo nella sua vicenda circolatoria momenti di confronto critico con gli schemi concettuali e le ragioni politiche proprie di ciascun sistema giuridico, ha fortemente condizionato i dibattiti dottrinali, prima, e successivamente gli interventi legislativi della maggior parte degli ordinamenti della tradizione giu-

⁵ Cfr., tra tutti, H. KALVEN JR., M. ROSENFELD, *The Contemporary Function of the Class Suit*, in *University of Chicago Law Review*, 1941, 8, p. 684 ss.; R. COOTER, T. ULEN, *Law and Economics*, Boston, 2012, p. 382 ss.; A. GIUSSANI, *Azione collettiva*, in *Enc. dir. Annali*, I, Milano, 2007, p. 132 ss.; R. PARDOLESI, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno resp.*, 2019, 3, p. 303. Nel momento in cui la dimensione collettiva fa ingresso nel processo, la giustizia civile diventa l'ambito in cui la tutela dei diritti soggettivi viene orientata verso la riaffermazione nel caso concreto di istanze di ordine generale che trascendono gli interessi individuali sottesi alle posizioni soggettive dedotte in giudizio. Cfr. P. MEZZANOTTE, *Class action e Costituzione: dimensione metaindividuale dei diritti e ruolo della giurisdizione*, in *Nomos*, 2022, 1, p. 1 ss.

⁶ Sull'influenza esercitata dagli Stati Uniti sulle attività delle istituzioni internazionali, in particolare delle istituzioni dell'economia mondiale e, conseguentemente, sui processi di edificazione di un diritto globale, cfr. M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, p. 48 ss.

⁷ Così A. GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 239.

ridica occidentale»⁸. Al modello della *class action* si sono, infatti, ispirati molti sistemi giuridici di *common law*⁹ e di *civil law*¹⁰, sebbene con adattamenti di non trascurabile portata.

La *class action*, che consente, in presenza di determinati requisiti¹¹, ad uno

⁸ Così M. PASTORE, *Class action e modelli di tutela collettiva*, in P. PARDOLESI (a cura di), *Seminari di diritto privato comparato*, Bari, 2011, p. 89.

⁹ Per l'Inghilterra, cfr., *ex multis*, N. ANDREWS, *Multi-Party Proceedings in England: Representative and Group Actions*, in *Duke J. of Comparative & International L.*, 2001, 2, p. 249 ss.; E.F. SHERMAN, *Group Litigation Under Foreign Legal Systems. Variations and Alternatives to American Class Actions*, in *DePaul L. Rev.*, 2002, 22, p. 401 ss.; C. CONSOLO, D. RIZZARDO, *Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 3, p. 891 ss.; P. PARDOLESI, A. BITETTO, *Tutela collettiva e azione di classe. Un'analisi comparativa*, Bari, 2020, p. 23 ss.; G. SCARCHILLO, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, Torino, 2022, p. 13 ss. e 49 ss. Sulla diffusione del modello della *class action* in altri sistemi giuridici di *common law*, cfr., *ex multis*, R. MULHERON, *The Class Action in Common Law Legal Systems. A Comparative Perspective*, Oxford-Portland, 2004, p. 52 ss. Sull'esperienza giuridica in materia di azioni collettive in altri sistemi giuridici di *common law*, cfr.: per il Canada, G.D. WATSON, *Class Actions: the Canadian Experience*, in *Duke J. of Comparative & International L.*, 2001, 11, p. 269 ss.; per l'Australia, D. GRAVE, H. MOULD (a cura di), *25 Years of Class Actions in Australia. 1992-2017*, Victoria, 2017; per il Sud Africa, SOUTH AFRICAN LAW COMMISSION, *The Recognition of Class Actions and Public Interest Actions in South African Law*, Pretoria, 1998.

¹⁰ Sull'esperienza giuridica in materia di azioni collettive in alcuni sistemi giuridici di *civil law*, cfr.: per la Spagna, J. SILGUERO ESTAGNAN, *Las acciones colectivas de grupo en España*, in A. GIDI, E. FERRER MAC-GREGOR (a cura di), *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos y individuales en una prospectiva comparada*, Ciudad de México, 2004, p. 337 ss.; P. PARDOLESI, A. BITETTO, *Tutela*, cit., p. 57 ss.; G. SCARCHILLO, *Class action*, cit., p. 103 ss.; per la Francia, S. GUINCHARD, *Une class action à la française?*, in *Recueil Dalloz*, 2005, p. 2180 ss.; E. JEULAND, *La France*, in AA.VV., *Les recours collectifs: étude comparée*, Société de législation comparée, Paris, 2006, p. 77 ss.; E. CORAPI, *Il caso "classaction.fr". Class action "à l'américaine"?*, in *An. giur. econ.*, 2008, 1, p. 245 ss.; V. REBEYROL, *La nouvelle action de groupe*, in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 940 pp.; P. PARDOLESI, A. BITETTO, *Tutela*, cit., p. 71 ss.; G. SCARCHILLO, *Class action*, cit., p. 111 ss.; per la Germania, R.M. HEYDEN, T.J. FRANKLIN, *KapMuG: Class Actions vor deutschen Gerichten?*, in *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 2006, 3, p. 313 ss.; K. MURER, *L'Allemagne*, in AA.VV., *Les recours collectifs: étude comparée*, Société de législation comparée, Paris, 2006, p. 71 ss.; A. STADLER, *Developments in Collective Redress: What's new in the new German KapMuG?*, in *European Business L. Rev.*, 2013, 6, p. 731; C. CONSOLO, D. RIZZARDO, *Due modi*, cit., p. 894 ss.; P. PARDOLESI, A. BITETTO, *Tutela*, cit., p. 81 ss.; G. SCARCHILLO, *Class action*, cit., p. 120 ss.; A. GIUSSANI, *The Verbandsklage and the Class Action: Two Models for Collective Litigation*, in M. STORME (a cura di), *Procedural Laws in Europe: Towards Harmonization*, Antwerpen, 2003, p. 389 ss.

¹¹ Ai sensi della Rule 23, subsection a) delle *Federal Rules of Civil Procedure*, tali requisiti sono: 1) la *numerosity*, per cui la classe dev'essere tanto numerosa da rendere impraticabile la contemporanea presenza in giudizio di tutti i suoi componenti; 2) la *commonality*, per cui la

o più componenti di un gruppo di agire o difendersi in giudizio per conto proprio e di tutti gli altri, riveste una rilevanza centrale nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti, ove ha conosciuto una lunga storia di successi testimoniati da una corposa casistica e ove rappresenta ancora oggi, e sembra destinato a rappresentare in futuro, un elemento estremamente vitale del sistema processuale¹² «facendosi carico tanto della deterrenza di condotte illecite altrimenti destinate a rimanere impunte quanto di *private enforcement* di “*regulatory interests*”»¹³. Ciò nonostante le disfunzioni e le criticità evidenziate dalla dottrina¹⁴, le riforme legislative¹⁵ e i recenti orientamenti della Corte Suprema, seguita da una parte delle Corti federali, restrittivi su diversi aspetti della sua esperibilità¹⁶.

Il modello statunitense della *class action* ha influenzato l'esperienza giuridica italiana che ha visto l'introduzione nel 2007¹⁷ dell'istituto dell'azione di

controversia deve vertere su questioni di fatto e di diritto comuni all'intera classe; 3) la *typicality*, per cui le domande proposte o le eccezioni sollevate da chi agisce nell'interesse della classe devono essere quelle proprie e tipiche della classe; 4) la *adequacy of representation*, per cui la parte rappresentativa dev'essere in grado di proteggere in modo corretto e adeguato gli interessi della classe; inoltre, per la *damages class action* (l'azione di classe finalizzata alla riparazione dei danni da *mass torts*), la *predominance*, per cui le questioni di diritto o di fatto comuni alla classe devono essere prevalenti rispetto a quelle individuali, e la *superiority*, per cui l'azione di classe dev'essere lo strumento processuale più idoneo ai fini di un'equa ed efficiente soluzione della controversia (*Rule 23, subsection b*), 3) delle *Federal Rules of Civil Procedure*).

¹² Cfr. N. TROCKER, *La class action negli Stati Uniti: lo stato dell'arte*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 2, p. 762; R.H. KLONOFF, *Class Actions in the Year 2026: A Prognosis*, in *Emory L. J.*, 2016, 65, p. 1569.

¹³ Così P. PARDOLESI, R. PARDOLESI, *La (azione di) classe non è acqua*, in *Foro it.*, 2019, p. 326.

¹⁴ Cfr., tra tutti, A.R. MILLER, *Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality and the “Class Action Problem”*, in *Harvard L. Rev.*, 1979, 92, p. 664 ss.

¹⁵ Tra le quali quella attuata con il *Class Action Fairness Act* del 2005, su cui cfr., tra tutti, E.C. BURCH, *CAFA's Impact on Litigation as a Public Good*, in *Cardozo L. Rev.*, 2008, 6, p. 2517 ss.

¹⁶ Cfr. i casi *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 536 U.S. 333 (2011) e *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*, 333 S. Ct. 2304 (2013), in cui si è affermata la legittimità di clausole contrattuali di *class-arbitration waivers*. Sul tema cfr., *ex multis*, A.M. KIEFER, *Are We All in This Together? Enforcing Class Arbitration Waivers*, in *Missouri L. Rev.*, 2017, 3, p. 925 ss.; A.R. MILLER, *What Are Courts For? Have We Forsaken the Procedural Gold Standard?*, in *Louisiana L. Rev.*, 2018, 78, p. 797; A. PALMIERI, *Arbitrati individuali coatti e ghetizzazione della class action: la controrivoluzione (a spese del contraente debole) nel sistema di enforcement statunitense*, in *Foro it.*, 2016, p. 81 ss.

¹⁷ Con la legge 24 dicembre 2007, n. 244, che ha inserito l'art. 140-bis nel codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206).

classe, la modifica a più riprese della sua disciplina¹⁸ e, infine, la riforma del 2019¹⁹ che, modificando significativamente il regime previgente, ha introdotto una disciplina più organica e dettagliata, non confinata alla materia consumeristica ma inserita nel codice di procedura civile²⁰.

Minore l'influenza esercitata sull'esperienza giuridica eurounitaria: il lungo percorso che ha condotto all'approvazione della recente direttiva sulle «azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori»²¹ è stato costantemente segnato dalla volontà di distanziarsi dal modello statunitense della *class action*²², considerato sotto diversi aspetti incompatibile con i principi

¹⁸ Con la legge 23 luglio 2009, n. 99, poi con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27.

¹⁹ Attuata con la legge 12 aprile 2019, n. 31.

²⁰ Nel libro IV del codice di procedura civile, titolo VIII-*bis* “Dei procedimenti collettivi”, artt. 840-*bis* - 840-*sexiesdecies*. Nell'ambito della vasta letteratura sulla nuova disciplina italiana dell'azione di classe, cfr. R. PARDOLESI, *La classe in azione*, cit., p. 301 ss.; G. PONZANELLI, *La nuova class action*, in *Danno resp.*, 2019, 3, p. 306 ss.; P.G. MONATERI, *La riforma italiana della class action tra norme speciali e ricostruzione della tutela civilistica*, in *Danno resp.*, 2019, 3, p. 312 ss.; P. PARDOLESI, R. PARDOLESI, *La (azione di) classe*, cit., p. 325 ss.; A. PALMIERI, *Legge n. 31/2019: la riforma della class action*, Milano, 2019; C. CONSOLO, *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra in vigore nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad un'amplessissima disciplina*, in *Corr. giur.*, 2019, 6, p. 737 ss.; V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020; A.D. DE SANTIS, *L'azione di classe a dieci anni dalla sua entrata in vigore*, in *Foro it.*, 2019, p. 2179 ss.; B. SASSANI (a cura di), *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019; P. PARDOLESI, A. BITETTO, *Tutela*, cit., p. 121 ss.; G. SCARCHILLO, *Class action*, cit., p. 151 ss.

²¹ Direttiva 2020/1828/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE. Il lungo percorso sfociato nell'avvio dell'iter di elaborazione della direttiva 2020/1828/UE è stato principalmente segnato da: la Comunicazione della Commissione del 13 marzo 2007 “Strategia per la politica dei consumatori dell'UE 2007-2013: maggiori poteri per i consumatori, più benessere e tutela più efficace”, COM (2007) 99, p. 11; il Libro bianco della Commissione del 2 aprile 2008 in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM (2008) 0165; il Libro verde della Commissione del 27 novembre 2008 sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori, COM (2008) 794; il Documento di lavoro dei servizi della Commissione del 4 febbraio 2011 “Consultazione pubblica: verso un approccio europeo coerente in materia di ricorsi collettivi”, SEC (2011) 0173; la Risoluzione del Parlamento europeo del 2 febbraio 2012 “Verso un approccio europeo coerente in materia di ricorsi collettivi”, 2011/2089 (INI), 2013/C 239 E/05; la Raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013, relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione, 2013/396/UE.

²² Volontà ribadita nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, Un “New Deal” per i consumatori, 11 aprile 2018, COM (2018) 183 final, in cui si legge: «Il sistema avrà garanzie intrinseche [...]».

fondamentali della tradizione giuridica euro-continentale. Significativa a questo riguardo è la scelta della stessa denominazione della nuova azione: non quella utilizzata oltreoceano «azione di classe» ma «azione rappresentativa»; una scelta che sottolinea le molteplici differenze, non solo sul piano terminologico, tra i due modelli²³.

3. Il modello europeo dell'azione rappresentativa a confronto con la *class action* statunitense e l'azione di classe italiana

La direttiva europea sulle azioni rappresentative, che con disciplina uniforme e organica introduce la tutela collettiva risarcitoria riformando quella inibitoria²⁴, presenta alcuni importanti aspetti innovativi e lascia ai legislatori

Manterrà così il necessario equilibrio tra l'accesso alla giustizia e la prevenzione di possibili abusi, con un approccio distinto, diverso dal modello di contenzioso in stile statunitense».

²³ Per i primi commenti sulla nuova disciplina delle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, cfr., tra gli altri, G. PAILLI, *Unione europea e azione di classe: la grande assente*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO (a cura di), *Azione di classe*, cit., p. 237 ss.; F. GASCÓN INCHAUSTI, *¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, 2, p. 1290 ss.; M. BONA, *La direttiva UE 2020/1828 sulla tutela rappresentativa dei consumatori*, in *Giur. it.*, 2021, p. 252 ss.; F. GASCÓN INCHAUSTI, *A new European way to collective redress? Representative actions under Directive 2020/1828 of 25 November*, in *GPR-Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2021, 2, p. 61 ss.; A. AMIDEI, *Passato, presente e futuro del diritto UE in tema di "azioni rappresentative"*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Class action ed azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Milano, 2021, p. 385 ss.; P. LEUPOLD, *Die neue Verbandsklagen-Richtlinie – ausgewählte Auslegungs- und Umsetzungsfragen*, in M. REIFFENSTEIN, B. BLASCHEK (a cura di), *Konsumentenpolitisches Jahrbuch 2021. Trends, Rechtsentwicklung und Judikatur der letzten zwei Jahre*, Berlin, 2018, p. 71 ss.; S. AUGENHOFER, *Die neue Verbandsklagen-Richtlinie. Effektiver Verbraucherschutz durch Zivilprozessrecht?*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2021, 3, p. 113 ss.; G. VOLLKOMMER, *EU-Verbrauchersammelklage – Ein Überblick über die Regelungen der Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher sowie ihre mögliche Umsetzung in deutsches Recht*, in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 2021, 3, p. 129 ss.; C. MELLER-HANNICH, *Die Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher*, in *Verbraucherrecht*, 2021, 2, p. 40 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Azioni "rappresentative" e tutela degli interessi collettivi dei consumatori. La "lunga marcia" che ha condotto all'approvazione della dir. 2020/1828/UE e i profili problematici del suo recepimento nel diritto italiano*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 4, p. 1010 ss.; B. GSELL, C. MELLER-HANNICH, *Die Umsetzung der Verbandsklagen-Richtlinie als Chance für eine Bewältigung von Streu- und Massenschadensereignissen*, in *Juristen Zeitung*, 2022, 9, p. 421 ss.; A. CHAPREHARI, D. SAAM, D.H. WENDT, *Kollektiver Rechtsschutz in der Europäischen Union. EU-Verbandsklage, Musterfeststellungsklage und Gewinnabschöpfungsklage*, Wiesbaden, 2023.

²⁴ Contenuta nell'abrogata e sostituita direttiva 2009/22/CE del Parlamento europeo e del

nazionali – non pochi dei quali hanno già dotato i rispettivi ordinamenti interni di strumenti processuali di tutela collettiva inibitoria e, taluni, anche risarcitoria²⁵ – ampi margini di discrezionalità nel definire le normative recepimento²⁶.

Sebbene i tempi per una compiuta valutazione del nuovo modello europeo dell'azione rappresentativa potranno dirsi del tutto maturi solo dopo che saranno adottate e applicate le discipline nazionali di recepimento, appare possibile e utile formulare alcune prime riflessioni su quegli aspetti che possono maggiormente incidere sulla sua idoneità ed efficacia rispetto al ruolo cruciale che è chiamato a svolgere al fine di garantire *enforcement* del diritto (dei consumatori e non), effettività dei diritti, corretto funzionamento dei mercati e rispetto dei valori democratici (anche) nella società digitale.

L'Unione europea, nell'ultimo decennio e attraverso importanti interventi normativi, ha manifestato chiaramente la sua intenzione di essere in prima linea nella promozione di innovazione e competitività, ma anche nella difesa dei valori democratici e dei diritti fondamentali nell'era digitale, andando ben oltre una visione esclusivamente economica del mercato e definendo modelli giuridici che aspirano a rappresentare un riferimento a livello mondiale²⁷.

E il legislatore europeo ha mostrato piena consapevolezza dell'esistenza di una stretta relazione tra il costante e rapido avanzamento della digitalizzazione

Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori.

²⁵ Cfr. EUROPEAN PARLIAMENT-POLICY DEPARTMENT FOR CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Collective redress in the Member States of the European Union*, Brussels, 2018.

²⁶ Il Governo italiano è stato delegato ad attuare la direttiva 2020/1828/UE dalla legge di delegazione europea 2021 (legge 4 agosto 2022, n. 127); la legge non reca criteri specifici per il recepimento della direttiva sulle azioni rappresentative; il Governo, pertanto, nell'esercizio della delega, dovrà attenersi ai soli criteri generali di cui all'art. 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234.

²⁷ Nell'ambito della strategia europea per il mercato unico digitale, basterà citare il *Digital Markets Act* (DMA) e il *Digital Services Act* (DSA), ossia il regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (regolamento sui mercati digitali), e il regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali (regolamento sui servizi digitali). Tali interventi, nella loro complementarità, concorrono, sebbene da prospettive differenti, a delineare un nuovo quadro normativo volto a realizzare ecosistemi digitali in cui siano adeguatamente garantiti competitività, diritti fondamentali e valori democratici introducendo nuovi e stringenti obblighi rapportati alle dimensioni delle grandi imprese del settore digitale ("very large online platforms" e "gatekeepers") nonché all'influenza che essi possono esercitare sui mercati e sulle vite degli individui. Sia il *Digital Markets Act* (considerando 104, artt. 42 e 52), sia il *Digital Services Act* (considerando 149, artt. 86 e 90) individuano nell'azione rappresentativa lo strumento processuale di tutela degli interessi collettivi dei consumatori lesi da condotte illecite che violano le normative recate.

e l'incremento del rischio di illeciti plurioffensivi²⁸, consapevolezza confermata dall'inserimento nel suo ambito di applicazione di fattispecie disciplinate da normative di estrema importanza ai fini della tutela dei diritti nella società digitale, quali quelle relative al trattamento dei dati personali, commercio elettronico, fornitura di contenuti e servizi digitali, equità e contendibilità dei mercati digitali²⁹.

Tuttavia, la nuova disciplina sulle azioni rappresentative interviene con ritardo³⁰ e delinea un modello piuttosto prudente e conservatore offrendo una soluzione al problema dell'*under-enforcement* in un settore così importante quale quello dei contenziosi seriali che rischia di rivelarsi inefficace.

Il modello europeo dell'azione rappresentativa, infatti, appare meno incisivo sia rispetto alla *class action* statunitense, sia rispetto all'azione di classe italiana; una minore incisività che riguarda aspetti rilevanti ai fini di un'effettiva tutela dei diritti nella società digitale e che emerge con chiarezza da un'analisi comparativa tra l'azione rappresentativa europea, la *class action* statunitense e l'azione di classe italiana, svolta sui diversi piani d'indagine riguardanti: l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione dello strumento processuale; il meccanismo di adesione all'azione collettiva risarcitoria; le misure volte al riequilibrio delle asimmetrie tra le parti, relative all'istruzione probatoria e agli incentivi economici; la legittimazione ad agire e la scelta di fondo del sistema di *enforcement*.

3.1. L'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione

Sin dall'avvio dell'iter legislativo che ha condotto alla sua approvazione, l'azione rappresentativa è stata collocata nell'ambito della tutela del consuma-

²⁸ Nel considerando 1 della direttiva 2020/1828/UE si legge: «La globalizzazione e la digitalizzazione hanno accresciuto il rischio che un ampio numero di consumatori sia danneggiato dalla stessa pratica illecita». Il considerando 5 aggiunge: «Al fine di migliorare l'azione di deterrenza contro le pratiche illecite e ridurre il danno per i consumatori in un mercato sempre più globalizzato e digitalizzato, è necessario rafforzare meccanismi procedurali per la protezione degli interessi collettivi dei consumatori [...]».

²⁹ Allegato I della direttiva 2020/1828/UE.

³⁰ L'iter legislativo che ha condotto all'approvazione della direttiva 2020/1828/UE è stato avviato solo dopo oltre un decennio di lavoro delle istituzioni europee, tanto da suscitare in passato dubbi sulla possibilità di giungere ad una disciplina uniforme europea in materia di tutela collettiva risarcitoria. Dubbi dovuti anche alle molte divergenze in materia di giustizia tra gli ordinamenti giuridici nazionali nonché alle resistenze sia degli Stati membri nei confronti di interventi di armonizzazione giuridica in ambito processuale, sia dei grandi operatori economici verso l'introduzione di strumenti di tutela collettiva risarcitoria. Cfr. D. FAIRGRIEVE, G. HOWELLS, *Collective Redress Procedures: European Debates*, in D. FAIRGRIEVE, E. LEIN (a cura di), *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford, 2012, p. 41.

tore e circoscritta alle violazioni di alcune disposizioni del diritto dell'Unione espressamente indicate. Il modello delineato dal legislatore europeo riguarda, infatti, procedimenti instaurati da enti esponenziali, cosiddetti enti legittimati, per conto di consumatori e nei confronti di professionisti asseritamente responsabili di condotte poste in essere in violazione delle norme di diritto dell'Unione europea (e delle relative norme nazionali di recepimento) indicate in un elenco costantemente aggiornato³¹.

L'azione rappresentativa può essere intentata solo nei casi in cui le condotte poste in essere da professionisti in violazione delle normative elencate siano lesive o potenzialmente lesive di interessi dei consumatori. Solo i consumatori possono manifestare la volontà di essere rappresentati dall'ente legittimato che abbia intentato un'azione rappresentativa risarcitoria e possono beneficiare del provvedimento risarcitorio o inibitorio adottato in esito all'azione rappresentativa³².

L'azione rappresentativa europea nasce, dunque, limitata nel proprio ambito soggettivo e oggettivo di applicazione essendo confinata ai rapporti consumatore-professionista e ad alcuni settori del diritto dell'Unione, sebbene tali settori siano numerosi e rilevanti³³.

La limitazione del suo ambito di applicazione senz'altro indebolisce l'azione rappresentativa europea: ne limita le possibilità di utilizzo e di futuro sviluppo e ne riduce l'efficacia rispetto all'obiettivo di una più effettiva tutela dei diritti e di una più efficace deterrenza degli illeciti plurioffensivi.

La *class action* statunitense e l'azione di classe italiana, che la riforma del 2019 ha emancipato dalla materia consumeristica, hanno invece l'importante

³¹ Art. 2, par. 1 e allegato I della direttiva 2020/1828/UE.

³² Art. 7, par. 6, art. 9 e considerando 37 della direttiva 2020/1828/UE. Nel considerando 18 si legge: «Gli Stati membri dovrebbero rimanere competenti a rendere applicabili le disposizioni della presente direttiva a settori aggiuntivi rispetto a quelli che rientrano nel suo ambito di applicazione. Per esempio, gli Stati membri dovrebbero poter mantenere o introdurre disposizioni legislative nazionali che corrispondano a disposizioni della presente direttiva, per quanto riguarda le controversie che esulano dall'ambito di applicazione dell'allegato I». In dottrina si ritiene che tale disposizione consenta ai legislatori nazionali di definire normative di recepimento della direttiva 2020/1828/UE che estendano l'ambito di applicazione dell'azione rappresentativa ad illeciti di massa lesivi di interessi collettivi di soggetti non qualificabili come consumatori (cfr. P. LEUPOLD, *Die neue Verbandsklagen-Richtlinie – ausgewählte Auslegungsumsetzungsfragen*, cit., p. 81). Tuttavia, in senso contrario, si è osservato che la normativa italiana di recepimento della direttiva non potrebbe contemplare tale estensione a causa della mancanza nella legge di delegazione europea 2021 di un criterio specifico di esercizio della delega al Governo per il recepimento della direttiva 2020/1828/UE che lo consenta (cfr. G. DE CRISTOFARO, *Azioni*, cit., p. 1024).

³³ L'elenco contenuto nell'allegato I della direttiva 2020/1828/UE è, infatti, molto esteso e in costante aggiornamento; include ben 66 atti normativi a cui, come rilevato, sono stati aggiunti il *Digital Markets Act* e il *Digital Services Act* approvati nel 2022.

pregio di essere strumenti processuali di carattere generale, utilizzabili per tutti i tipi di illeciti di massa e non limitati solo a determinate categorie di soggetti, a determinate situazioni giuridiche sostanziali o a determinati settori del diritto³⁴.

Occorre, tuttavia, evidenziare uno degli aspetti più apprezzabili della disciplina introdotta dalla direttiva europea del 2020, che ha unificato l'azione collettiva inibitoria e quella risarcitoria facendole confluire nell'unico modello di azione rappresentativa intentata da un ente esponenziale nell'interesse dei consumatori³⁵; è consentito ai legislatori nazionali prevedere l'emanazione di provvedimenti risarcitori e inibitori in un'unica azione rappresentativa nonché prescrivere che tutti i provvedimenti richiesti vengano adottati contestualmente in un'unica decisione³⁶.

Il legislatore italiano, invece, ha finora preferito tenere disgiunte l'azione di classe e l'azione inibitoria collettiva, stabilendo che, nei casi in cui le due procedure siano instaurate congiuntamente, il giudice deve disporre la separazione affinché possano svolgersi autonomamente l'una dall'altra³⁷. La scelta di escludere qualsiasi possibilità di collegamento tra le due azioni non appare giustificata considerato che la legittimazione ad agire è riconosciuta anche al singolo individuo, che è unico anche il legittimato passivo (imprese o enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità), che entrambe le azioni sono state rese strumenti processuali di carattere generale utilizzabili in qualsiasi ambito soggettivo e oggettivo, che esistono ormai molte similitudini tra le due procedure³⁸. Ai fini di una maggiore celerità ed efficienza procedurale, sarebbe stato preferibile rendere possibile il cumulo della richiesta di tutela collettiva risarcitoria e inibitoria consentendo all'attore di un'azione di classe di far valere i diritti individuali omogenei lesi da un illecito plurioffensivo e, contestualmen-

³⁴ La riforma del 2019 ha configurato l'azione di classe e l'azione inibitoria collettiva come strumenti processuali di carattere generale; le situazioni sostanziali sono riferiti non più soltanto a consumatori e utenti ma a qualunque soggetto danneggiato da illeciti seriali posti in essere da imprese o enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità. Artt. 840-*bis* e 840-*sexiesdecies* c.p.c.

³⁵ L'art. 3 della direttiva 2020/1828/UE definisce l'«azione rappresentativa» come l'«azione per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori intentata da un ente legittimato in quanto parte ricorrente per conto dei consumatori e finalizzata a ottenere un provvedimento inibitorio o un provvedimento risarcitorio, o entrambi».

³⁶ Art. 7, par. 5 della direttiva 2020/1828/UE.

³⁷ Art. 840-*sexiesdecies* c.p.c.

³⁸ La novella del 2019, nel disciplinare la materia in modo più organico, ha avvicinato il regime processuale delle due azioni attraverso il rinvio, contenuto nell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c., al procedimento che regola l'azione di classe.

te, chiedere e ottenere l'ordine di cessazione o di non reiterazione della condotta illecita³⁹.

3.2. Il meccanismo di adesione all'azione collettiva risarcitoria

Per ciò che riguarda il meccanismo di adesione alle azioni collettive volte ad ottenere provvedimenti risarcitori, il legislatore europeo non prende posizione sull'aspetto cruciale relativo all'alternativa tra *opt-out* e *opt-in*⁴⁰, rimettendo la scelta agli Stati membri. Si dispone, infatti, che, ai fini della tutela risarcitoria, i singoli consumatori interessati devono poter manifestare in maniera espressa o in maniera tacita la volontà di essere rappresentati o meno dall'ente esponenziale e di essere vincolati o meno dall'esito dell'azione⁴¹.

Appaiono, invero, poco chiari gli esiti verso i quali il legislatore europeo intende orientare i futuri sviluppi legislativi nazionali; se, da un lato, sembrerebbe esprimere un certo *favor* per il sistema dell'*opt-in*, prescrivendolo per i casi di adesione da parte dei consumatori che siano residenti in Stati membri diversi da quello in cui è stata intentata l'azione rappresentativa⁴², dall'altro, riconosce agli Stati membri, «per ragioni di rapidità ed efficienza», la possibilità di prevedere azioni collettive risarcitorie efficaci nei confronti di consumatori a prescindere dalla loro adesione all'azione⁴³.

³⁹ D. AMADEI, *La nuova azione inibitoria collettiva*, in B. SASSANI (a cura di), *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, p. 241 s.

⁴⁰ Il meccanismo dell'*opt-out* implica che gli effetti dell'azione collettiva si producano nei confronti di tutti i componenti del gruppo che non abbiano manifestato espressamente la volontà di autoescludersi esercitando l'*opt-out* nelle modalità e nei termini stabiliti; dunque, l'onere di attivarsi compiendo uno specifico atto processuale (in tali casi, di autoesclusione) riguarda chi intenda sottrarsi agli effetti dell'azione collettiva; la volontà di aderire all'azione collettiva è manifestata in maniera tacita (non esercitando l'*opt-out*). L'opposto sistema dell'*opt-in* implica, invece, che gli effetti dell'azione collettiva si producano solo nei confronti dei componenti del gruppo che abbiano manifestato espressamente la volontà di aderire all'azione collettiva esercitando l'*opt-in* nelle modalità e nei termini stabiliti; dunque, l'onere di attivarsi compiendo uno specifico atto processuale (in tali casi, di adesione) riguarda chi intenda essere coinvolto dagli effetti dell'azione collettiva; la volontà di aderire all'azione collettiva è manifestata in maniera espressa (esercitando l'*opt-in*).

⁴¹ Art. 9, par. 2 della direttiva 2020/1828/UE.

⁴² Art. 9, par. 3 e considerando 45 della direttiva 2020/1828/UE.

⁴³ Nel considerando 47 della direttiva 2020/1828/UE si legge «Per ragioni di rapidità ed efficienza, gli Stati membri, conformemente al diritto nazionale, dovrebbero poter accordare ai consumatori la possibilità di beneficiare direttamente di un provvedimento risarcitorio dopo la sua emanazione, senza essere soggetto a requisiti riguardanti una precedente partecipazione all'azione rappresentativa.».

La scelta di lasciare alla discrezionalità degli Stati membri l'opzione tra *opt-out* e *opt-in* è volta a consentire l'attuazione della direttiva nei diversi ordinamenti interni rispettandone le specificità⁴⁴, ma inevitabilmente riduce la capacità della nuova disciplina di orientare in modo univoco i futuri processi di uniformazione delle legislazioni nazionali in materia di tutela giurisdizionale collettiva.

Più in generale, quella attuata dalla direttiva sulle azioni rappresentative è un'armonizzazione volutamente parziale⁴⁵, ma finisce con l'essere lacunosa a causa della formulazione poco chiara di molte disposizioni, che rende difficoltosa l'esatta individuazione dei margini di discrezionalità consentiti ai legislatori nazionali nel definire le normative di recepimento.

Tale limite contribuisce a indebolire l'efficacia del modello europeo rispetto all'obiettivo dell'innalzamento del livello di tutela degli interessi collettivi dei consumatori.

Il meccanismo dell'*opt-out*, che connota la *damages class action* statunitense delineata dalla riforma del 1966, estende gli effetti del giudicato all'intera compagine soggettiva della classe, esclusi coloro che abbiano manifestato espressamente la volontà di non aderire all'azione collettiva.

A giudizio unanime degli studiosi, ne rappresenta una delle principali ragioni di efficacia e di successo consentendo di superare l'ostacolo dell'inerzia dei singoli individui danneggiati, più frequentemente portatori di pretese risarcitorie di modesta entità e poco disposti ad impiegare tempo e risorse in un'attività processuale accettandone i relativi rischi e disagi⁴⁶.

Il meccanismo dell'*opt-out* presenta, dunque, l'importante vantaggio di favorire l'aggregazione plurisoggettiva garantendo la massima partecipazione possibile all'iniziativa collettiva.

Agevola, inoltre, la definizione transattiva della controversia collettiva consentendo al convenuto di stimare, in base al numero dei membri della classe, i costi di un'eventuale soccombenza.

Il modello italiano dell'azione di classe si basa, invece, sul sistema dell'*opt-in*, che finora non ha dato buona prova di sé.

La scelta del legislatore italiano – risalente alla legge del 2007 e successivamente confermata fino alla riforma del 2019 – di escludere il sistema del-

⁴⁴ Considerando 43 della direttiva 2020/1828/UE.

⁴⁵ La direttiva 2020/1828/UE è volta, infatti, a disciplinare solo alcuni aspetti dell'azione rappresentativa lasciandone volutamente molti alla discrezionalità dei legislatori nazionali, a condizione che l'esercizio di tale discrezionalità non ostacoli l'efficace funzionamento dell'azione rappresentativa. Art. 1, par. 1 e considerando 12 della direttiva 2020/1828/UE.

⁴⁶ Cfr. R. PARDOLESI, *La classe*, cit., p. 304 s.; T. EISENBERG, G. MILLER, *The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, in *Vanderbilt L. Rev.*, 2004, 5, p. 1534 ss.

l'*opt-out* sottende preoccupazioni relative alla compatibilità di tale sistema con i principi fondamentali del nostro sistema processuale⁴⁷ ed è finalizzata a preservare la possibilità del singolo componente della classe di disporre in via esclusiva e autonoma del proprio diritto, costituzionalmente garantito, di agire e difendersi in giudizio.

Ma la giurisprudenza italiana⁴⁸ è giunta a riconoscere la compatibilità del sistema dell'*opt-out* con il nostro ordinamento giuridico e con il carattere individualistico delle garanzie giurisdizionali purché accompagnato da efficaci forme di pubblicità volte ad informare gli interessati della pendenza del procedimento collettivo.

La *damages class action* statunitense è accompagnato da stringenti obblighi di comunicazione, essendo prescritta la notifica migliore possibile in rapporto alle circostanze concrete, compreso l'avviso indirizzato individualmente a tutti i componenti della classe «*who can be identified through reasonable effort*». La *notice*, da effettuare con mezzi efficaci (il che oggi implica anche l'uso delle nuove tecnologie della comunicazione, quali mail, sms, social media), deve indicare in modo chiaro e facilmente comprensibile, tra l'altro, la natura dell'azione, la definizione della classe, le rivendicazioni della classe, il termine entro cui e le modalità con cui dovrà essere esercitato il diritto di auto-

⁴⁷ Sul tema, cfr., *ex multis*, M. TARUFFO, *I limiti soggettivi del giudicato e le "class actions"*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 609 ss.; C. CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 5, p. 609 ss.; A. GIUSSANI, *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996; P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della "class action" e i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, 11, p. 2224 ss.; C. CONSOLO, *Fra nuovi riti civili e riscoperta delle class actions, alla ricerca di una "giusta" efficienza*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 565 ss.; V. VIGORITI, *Impossibile la "class action" in Italia? Attualità del pensiero di Mauro Cappelletti*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1, p. 31 ss.; L. FRATA, *"Class Actions" e "azioni collettive" risarcitorie: un primo confronto*, in *Danno resp.*, 2008, 5, p. 493 ss.; A. GIUSSANI, *Controversie seriali e azione collettiva risarcitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 465 ss.; S. PALADINO, *Azioni seriali e tutela degli interessi collettivi: "class action all'italiana"*, in *Federalismi.it*, 2008, p. 7 ss.; A.D. DE SANTIS, *L'azione di classe a dieci anni dalla sua entrata in vigore*, in *Foro it.*, 2019, p. 2185 s.; S. MONTI, L. CASTELLI, *Opt-out e diritto italiano: non c'è incompatibilità*, in *Danno resp.*, 2019, 5, p. 703 ss.

⁴⁸ Trib. Milano, 25 ottobre 2018, n. 10773, che – riconoscendo, ai sensi dell'art. 64 della legge 31 maggio 1995, n. 218, l'efficacia nel nostro ordinamento di una decisione statunitense adottata all'esito di una *class action* e conformandosi all'orientamento sulla nozione di ordine pubblico processuale espresso dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione nella sentenza 5 luglio 2017, n. 16601 (su cui vedi *infra*) – ha considerato le modalità procedurali che hanno condotto alla decisione riconosciuta idonee a garantire il rispetto del diritto di difesa e ha, dunque, affermato la compatibilità dell'*opt-out* con i principi di ordine pubblico processuale italiano.