

LINDA S. MULLENIX *

I CLASS ACTION SETTLEMENTS NEGLI STATI UNITI

Introduzione

Negli Stati Uniti, una *class action litigation* è sostanzialmente caratterizzata da due eventi del rito processuale di notevole importanza e che determinano per larga parte il risultato dell'intero processo.

Il primo e cruciale evento ruota attorno alla decisione del giudice di concedere o meno la certificazione (*certification*) all'intera classe in virtù della *class action rule* in concreto applicabile¹. Se la corte adita nega la *certification* alla classe², l'attore (*plaintiff*) può impugnare il rifiuto davanti ad un giudice di grado superiore³. Comunque, le corti di appello federali hanno ampi poteri discrezionali nel decidere se autorizzare il giudizio di appello e gli *standard* per riesaminare tali decisioni rendono spesso dif-

¹ Negli Stati Uniti, un *plaintiff* può esercitare una azione di classe sia nella giurisdizione federale che nella giurisdizione dei singoli stati. La *Class action procedure* davanti alle corti federali è governata dalla *federal class action rule*, Fed. R. Civ. P. 23. Tutti gli stati, tranne il Mississippi e la Virginia, hanno specifiche *class action rules* che regolano la procedura di *class action* per il singolo stato. Alcuni stati hanno adottato le regole federali sulle *class action* come regole statuali. Altri stati hanno elaborato autonome regole sulle *class action*, che possono differire anche in modo significativo dalle regole federali. Per gli scopi di questo articolo, parlerò dei *class action settlement* così come disciplinati dalla legge federale e della dottrina che interpreta tale legge, ma non della procedura dei singoli stati.

² La corte deve valutare se l'azione collettiva proposta soddisfi alcuni requisiti-soglia perché possa essere effettivamente esercitata come *class action*, sia impliciti che espliciti. Coloro che propongono la classe devono dimostrare di aver dato una definizione adeguata della classe che consiste di quei membri che sono facilmente identificabili attraverso criteri oggettivi. Inoltre, il *plaintiff* deve soddisfare gli espliciti requisiti della Rule 23 (a)(1)-(4), dimostrando di possedere le caratteristiche di numerosità, *commonality*, *typicality* and *adequacy of representation*.

³ V. Fed. R. Civ. P. 23 (f), che prevede una procedura di *interlocutory appeal* per la decisione sia che certifichi o che non certifichi la *class action*.

ficile l'impugnazione delle decisioni che negano la *certification*⁴. Conseguentemente, se al *plaintiff* viene negato il permesso di procedere con la *class action* proposta, più probabilmente che non, il *plaintiff* rinuncerà alla causa e abbandonerà ogni tentativo di risolvere la controversia sottostante nei termini e con estensione efficaci per l'intera "classe"⁵.

Dall'altro lato, se la corte decide di concedere la *certification* alla classe, i rischi collegati al processo e le relative strategie vengono modificati e le parti della contesa si comporteranno in maniera abbastanza prevedibile. In questa situazione – quando la corte garantisce una *certification* alla classe – i convenuti (*defendants*), molto probabilmente, cercheranno di ottenere una *interlocutory review* della decisione sulla *certification*. Se i *defendants* prevalgono e il giudice dell'appello decide per la riforma della decisione sulla *certification*, il *plaintiff* potrebbe decidere di rinunciare alla causa (si comporterebbe con tutta probabilità allo stesso modo anche qualora la corte di primo grado negasse da subito la *certification*). Se, invece, il giudice dell'appello confermasse la decisione che assicura la *certification* della classe, allora il processo si svilupperebbe secondo la propria normale procedura, coinvolgendo le parti nella *discovery*, in varie mozioni *pre-trial* e, eventualmente, in un processo con giuria⁶.

Ad ogni modo, la realtà della maggior parte delle *class actions* nord-americane è che il processo non è che solo raramente celebrato fino in fondo, davanti ad una giuria. In tutti i tribunali americani, le *class actions*

⁴ Cfr. Richard D. Freer, *Interlocutory Review of Class Certification Decisions: A Preliminary Empirical Study of Federal and State Experience*, 35 W. St. U.L. Rev. 13, 2007, (che riferisce la mancanza di riesami di decisioni sulla *class certification* in applicazione della Fed. R. Civ. P. 23 (f)); Michael E. Solimine, *Deciding to Decide: Class Action Certification and Interlocutory Review by the United States Courts of Appeals Under Rule 23(f)*, 41 Wm. & Mary L. Rev. 1531, 2000, (dove discute delle nuove previsioni legislative sull'appello).

⁵ La rinuncia volontaria all'azione è disciplinata dalla Fed. R. Civ. P. 41(a).

⁶ Cfr., per esempio l'opinione del federal district judge Jack Weinstein, della Federal District Court dell'Eastern District di New York, che commenta:

"Concentration of individual damage suit in one forum can lead to formidable problems, but the realities of litigation should not be overlooked in theoretical musings. Most tort cases settle, and the preliminary maneuverings in litigation today are designed as much, if not more, for settlement purposes than for trial. Settlements of class actions often result in savings for all".

Citato in *In re School Asbestos Litig.*, 789 F.2d 996, 1009 (3d Cir. 1986).

che si sono concluse con un verdetto pronunciato da una giuria sono molto rare. La maggior parte delle *class actions* che sopravvivono ad entrambi i giudizi di *certification* vengono conciliate prima di celebrare il processo. Infatti, una parte considerevole della dottrina e della letteratura accademica condivide l'opinione secondo la quale la decisione sulla *certification* della classe rappresenta l'evento cruciale dell'intero procedimento di *class action*, perché la decisione favorevole sulla *certification* esercita una notevole pressione sui *defendants*, spingendoli a raggiungere la conciliazione⁷.

Conseguentemente, il secondo evento fondamentale nelle controversie relative a *class action* è il procedimento di conciliazione e l'approvazione giudiziale della conciliazione raggiunta⁸. Nelle *class action* americane, le controversie raggiungono ben di rado il processo con giuria. Perciò, quando gli avvocati americani parlano di "*class action litigation*" tipicamente si riferiscono ai due momenti più significativi di scontro processuale tra *plaintiffs* e *defendants*: in primo luogo, il conflitto attorno alla *certification* della classe e, in secondo luogo, la negoziazione che risulterà poi nella conciliazione della *class action* (*class settlement*). La maggior parte degli avvocati americani che si considerano dei "*class action litigators*", in realtà, concentrano la maggior parte dei loro sforzi in questi due aspetti dei procedimenti di *class action*.

Questo saggio si occupa delle procedure di conciliazione delle *class action* (*class action settlements*) nella procedura americana di *class ac-*

⁷ Cfr. per esempio, *Newton v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 259 F.3d 168 n. 8 (3d Cir. 2001) (dove si discute dei cosiddetti "settlement blackmail" come conseguenza della decisione del giudice di certificare una classe); *Castano v. Am Tobacco Co.*, 84 F.3d 734, 746 (5th Cir. 1996); *In re Rhone-Poulenc Rorer, Inc.*, 51 F.3d 1293, 1298 (7th Cir. 1995); *Ruiz v. Am. Tobacco Co.*, 180 F.R.D. 194, 198 (D.P.R. 1998); *In re Dow Corning Corp.*, 211 B.R. 545, 585 (E.D. Mich. 1997)(same). *But cf.* Allan Kanner and Tibor Nagy, *Exploding the Blackmail Myth: A New Perspective on Class Action Settlements*, 57 *Baylor L. rev.* 681 (2005) (gli a. non condividono l'ipotesi che la certificazione della classe esercita una pressione sproporzionata sui convenuti di conciliare la controversia).

⁸ Il professor Martin Redish ha argomentato che negli Stati Uniti le *settlement classes* non superano i parametri soglia definiti dall'Article III sulla giurisdizione nelle corti federali perché non possiedono il requisito ivi previsto dell'*adversarial case-or-controversy*. Cfr. Martin H. Redish and Andrianna D. Kastanel, *Settlement Class Actions, The Case-or-Controversy Requirement, and The Nature of the Adjudicatory Process*, 73 *U. Chi. L. Rev.* 545 (2006).

tion⁹. Di seguito, esaminerò vari aspetti di tali conciliazioni collettive, tra cui la storia, la teoria, i fondamenti dottrinali e teorici, così come le regole sostanziali e procedurali delle *class action* con funzione conciliativa (*settlement classes*). Nell'esaminare la concezione americana di *settlement class*, questo saggio si occuperà de: (1) il ruolo della conciliazione nelle controversie ordinarie e nelle *class action* nonché dello sviluppo storico del concetto di *settlement class*¹⁰, (2) i requisiti di *due process* perché i *settlement orders* siano produttivi di effetti vincolanti e delle possibilità di impugnativa della conciliazione raggiunta, (3) i tipi possibili di *settlement classes*, (4) i problemi etici inerenti ai *class action settlements* e i loro potenziali abusi (5) le forze in gioco nella negoziazione di una conciliazione, (6) le parti e i loro fiduciari coinvolti nel procedimento conciliativo, (7) i contenuti sostanziali della conciliazione, (8) le regole procedurali e i parametri che governano la definizione della conciliazione, e (9) le conseguenze del *Class Action Fairness Act* del 2005 sui *class action settlements*.¹¹

Comprensibilmente, in aggiunta alla decisione relativa alla *certification* della *class*, l'aspetto più importante delle controversie relative alle *class action* negli Stati Uniti è il *class action settlement*. Nel corso dell'ultimo

⁹ Conseguentemente, il saggio non si occupa del procedimento di certificazione della classe, o del procedimento di riesame della decisione sulla certificazione, eventi il verificarsi dei quali precede l'inizio delle negoziazioni sul *settlement*.

¹⁰ Gli avvocati riconoscono la conciliazione di una controversia relativa ad una *class action* è molto diversa dalla conciliazione tradizionale, relativa ad una controversia con due parti. Cfr. Aashish Y. Desai, *The Confirmation Process for Class Action Settlements Is Far More Complex Than in Traditional Litigation*, 31 L.A. Lawyer (August 2008).

¹¹ *Class Action Fairness Act* of 2005, Pub. L. No. 109-2, § 3, 119 Stat. 4, 5-9 (codificato nel 28 U.S.C. §§ 1332(d), 1453, and 1711-1715 (2006)) (d'ora in avanti "CAFA"). Cfr. John Beisner & Jessica Davidson Miller, *The Class Action Fairness Act: Cleaning Up the Class Action Mess*, 6 Class Action Litig. Rep. 104, 104 (2005); Stephanie Fiereck, *Class Action Reform: Be Prepared to Address New Notification Requirements*, 6 Class Action Litig. Rep. 333, 333 (2005) (che osserva come CAFA era "promoted as a business-backed initiative"); Jennifer Gibson, *New Rules for Class Action Settlements: The Consumer Class Action Bill of Rights*, 39 Loy. L.A. Rev. 1103 (2006); Robert H. Klonoff and Mark Herrmann, *The Class Action Fairness Act: An Ill-Conceived Approach to Class Settlements*, 80 Tul. L. Rev. 1695 (2006); Richard A. Nagareda, *Aggregation and Its Discontents: Class Settlement Pressure, Class-Wide Arbitration, and CAFA*, 106 Colum. L. Rev. 1872 (2006); Scott Nelson & Brian Wolfman, *A Section-by-Section Analysis of the Class Action "Fairness" Act*, 6 Class Action Litig. Rep. 365, 372 (2005) ("The Class Action Fairness Act marks the first major success of the Bush administration's efforts to enact pro-defendant civil justice legislation."); e Lewis Powell III, *Class Settlement of Mass Tort Cases*, 7 Sedona Conf. J. 259 (2006) (commento alle previsioni del CAFA in merito alla conciliazione).

decennio, sia la Corte Suprema Federale che il Congresso hanno dedicato la loro attenzione ai problemi implicati dai *class action settlements*, elaborando principi giurisprudenziali e legislativi per controllare il fenomeno della “conciliazione collettiva”. Nelle ultime due pronunce in merito alle controversie relative alle *class action*, la Corte Suprema ha per due volte affrontato i problemi relativi alle “*settlement classes*” e la decisione di queste due cause costituisce, ora, il punto di riferimento in materia¹².

Inoltre, il Congresso ha partecipato al dibattito attorno ai *class action settlements* attraverso alcune previsioni contenute nel *Class Action Fairness Act* del 2005 (CAFA), che definiscono direttamente i requisiti processuali e sostanziali dei *class action settlements*. Le previsioni del CAFA in merito alla conciliazione sono in generale finalizzate alla protezione dei consumatori coinvolti nelle *class actions*, affinché ottengano una soluzione giusta e equa delle loro pretese attraverso la negoziazione di un accordo conciliativo.

1. Il ruolo della conciliazione nelle controversie ordinarie e nelle *class action*, e lo sviluppo storico del concetto di “*settlement class*”.

Costituisce un principio consolidato e spesso ribadito della teoria del diritto americana l’opinione secondo la quale la legge preferisca e incoraggi la conciliazione delle pretese, rispetto alla loro contrapposizione in un processo. Questo principio rimane valido sia nell’ipotesi di controversie ordinarie o tradizionali con due parti soltanto, sia nelle controversie complesse, o collettive (“*aggregate*”), come le *class action*¹³. I *class action*

¹² *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (1999); *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997).

¹³ Nella procedura Americana ci sono meccanismi ulteriori di aggregazione delle controversie, oltre alle *class action*. Tra questi va inclusa l’ipotesi di “*multidistrict litigation* (MDL) così come disciplinata da *statute*, 28 U.S.C. § 1407, o la “*mass joinder of claims*” disciplinata da Fed. R. Civ. P. 42(a). La conciliazione di controversie collettive (“*aggregate*”) al di fuori dal contesto legislativo proprio delle *class action* non è soggetta alle regole che disciplinano i *class action settlements*. Giova sottolineare come le controversie collettive che vengono risolte al di fuori del contesto delle *class action* non sono soggette agli stringenti requisiti del due process applicabili invece ai *class action settlements*. Questo fatto ha portato a formulare critiche agli strumenti di risoluzione delle controversie complesse e delle pretese aggregate che non vengono decise attraverso gli auspici delle *class action*.

settlements, comunque, hanno provocato, presso le corti federali, una ampia serie di difficoltà di carattere teorico e pratico. Le più significative, tra queste, sono rappresentate dalla individuazione dell'effettivo fondamento giuridico delle *settlement classes* e dalla necessità di garantire l'adeguata protezione accordata dal *due process* ai membri della classe che rimangono assenti (*absent class members*) sebbene coinvolti nella controversia sottostante. Queste due preoccupazioni rappresentano il nocciolo del dibattito attorno alle *settlement classes* negli Stati Uniti.

La disciplina americana sulle *class action* fu originariamente promulgata nel 1938, ma la sua versione moderna è dovuta ad una modifica intervenuta nel 1966¹⁴. L'attuale procedura di *class action* è per larga parte disciplinata dalle previsioni contenute nella modifica del 1966¹⁵. Tale disciplina, così come modificata nel 1966, offriva scarsi orientamenti in merito ai *class action settlements*¹⁶, e i problemi relativi alle *settlement classes* non hanno cominciato a filtrare nel dibattito teorico e giuridico americano che nel corso degli anni novanta. L'emersione del fenomeno delle *mass tort litigation*, come tipo autonomo di *class action*, ha scatenato un acceso dibattito attorno alla legittimità delle cosiddette "*settlement classes*".

¹⁴ La Fed. R. Civ. P. 23 è stata modificata ulteriormente nel 1997 con l'aggiunta della lettera (f), per disciplinare uno strumento di interlocutory review delle ordinanze di certificazione della classe. Nel 2003, il Congresso ha ulteriormente modificato la norma sulle class action, aggiungendo la lettera (g), che disciplina i parametri per la nomina dei legali nella proposizione di una *class action*, e la lettera (h), che disciplina i parametri per la determinazione del compenso degli avvocati. Inoltre, le modifiche del 2003 hanno riformato anche alter previsione della Fed. R. Civ. P. 2, come la lettera (e) che disciplina direttamente i *class action settlements*. Infine, entro dicembre del 2007, tutte le *Federal Rules of Civil Procedure* sono state modificate per conformarsi agli *standards* di chiarezza della lingua inglese e, conseguentemente, la versione attuale della *Rule 23* riflette le revisioni dovute al progetto per la chiarezza della lingua.

¹⁵ Come spiegherò più avanti, a *Rule 23* è stata modificata ancora nel 1998 e nel 2008. La modifica del 1998 alla *Rule 23* ha aggiunto una nuova *subsection* (f), che prevede la possibilità di un *interlocutory appeal* delle ordinanze della corte, sia nel caso in cui queste accolgano o rigettino la *class certification*. Cfr. Fed. R. Civ. P. 23(f). La riforma del 2003 ha modificato la *subsection* (e), che fornisce la disciplina più rilevante per i *class action settlements*.

¹⁶ Infatti, la *Rule 23*(e), che si riferisce ai *class action settlements* non utilizzava specificatamente il termine *settlement* fino alla modifica intervenuta nel 2003. La versione del 1996 della *Rule 23*(e) prevedeva che: "*A class action shall not be dismissed or compromised without the approval of the court, and notice of the proposed dismissal or compromise shall be given to all members of the class in such manner as the court directs.*"

Entro la fine degli anni ottanta e l'inizio degli anni novanta, diversi giudici federali, esercitando i loro poteri "manageriali" in forza della lett. (d)¹⁷ della *Rule 23*, cominciarono ad autorizzare la *certification* di *class actions* con il solo obiettivo della conciliazione. I giudici, inoltre, individuano il fondamento del loro potere di concedere la *certification* a classi con il solo obiettivo della conciliazione nella *Rule 23(c)*, che permetteva la *certification* di *class action* "sotto condizione" o provvisorie (*conditional or provisional classes*)¹⁸.

Il concetto di "*settlement class*" va tenuto distinto dal concetto di "*litigation class*" e gli avvocati e le corti americane, infatti, li distinguono. Una cosiddetta "*litigation class*" è una *class action* proposta a cui la corte concede la *certification* all'inizio della controversia e funzionalmente alla celebrazione del processo¹⁹. Una *litigation class* deve soddisfare i requisiti della *Rule 23* (a) e (b) perché si possa cominciare il processo.

Le *class action* con funzione meramente conciliativa (*settlement only classes*), comunque, sono provvisoriamente *certified* in virtù di considerazioni molto diverse e generalmente non devono soddisfare esattamente gli stessi requisiti delle "*litigation classes*"²⁰. Sia le parti che il giudice sanno che le *settlement classes* non arrivano fino al *trial*. Al contrario, la *certification* definitiva delle *settlement class* avviene nel momento in cui le parti presentano alla corte una proposta conciliativa chiedendone l'approvazione in una apposita udienza (*fairness hearing*). Pertanto, la *certification* finale della *settlement class* avviene alla fine del procedimento conciliativo e non all'inizio del processo (che si dovrebbe invece celebrare se l'azione esercitata fosse una *litigation class*).

Lo scopo della *certification* di una "*settlement only class*", pertanto, consiste nell'incoraggiare gli avvocati delle parti della contesa a incontrarsi per negoziare un accordo prima della procedura di *certification*, che sarebbe, con tutta probabilità, lunga e molto dibattuta. Teoricamente, comunque, nel concedere la *certification* di una classe condizionatamente al

¹⁷ Cfr. Fed. R. Civ. P. 23(d), che enumera vari poteri giudiziali e tipi di *orders* che il giudice può pronunciare nell'ambito del *management* della *class action*.

¹⁸ La previsione contenuta nella *Rule 23(c)*, che permetteva la concessione di *conditional certifications* è stata eliminata dalla riforma del 2003.

¹⁹ Cfr. MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) al § 21.611 ("Issues Relating to Cases Certified for Trial and later Settled.").

²⁰ *Ibidem* al § 21.612 ("Issues Relating to Cases Certified and Settled at the Same Time.").

raggiungimento della conciliazione, la corte non dà alcuna indicazione in merito al fatto che l'eventuale *class action*, se esercitata, potrebbe ottenere la *certification* definitiva secondo i requisiti indicati nella *Rule 23* – questa valutazione verrà svolta dalla corte solo dopo che le parti abbiano raggiunto un accordo conciliativo.

Gli sforzi dei giudici federali negli anni ottanta e novanta di risolvere le *mass tort litigation* attraverso lo strumento della *certification* di “*settlement only classes*” ispirarono un acceso dibattito attorno all'effettiva esistenza del potere in capo ai giudici di concedere la *certification* di una classe che fosse unicamente destinata a raggiungere la conciliazione²¹. Alcuni giudici federali conclusero che l'ispirazione alla giustizia connaturata nelle “*class action litigation*” e nei precedenti ad esse applicabili, confermava la validità dell'istituto della “*settlement class certification*”:

“*The hallmark of Rule 23 is the flexibility it affords to the court to utilize the class device in a particular case to best serve the ends of justice for the affected parties and to promote judicial efficiencies. Temporary settlement classes have proved to be quite useful in resolving major class action disputes. While their use may still be controversial, most Courts have recognized their utility and have authorized the parties to seek to compromise their differences, includine class action issues through this means.*”²²

Nonostante l'approvazione di *settlement classes* da parte di un numero crescente di giudici federali nel corso degli anni novanta, nello stesso periodo le “*settlement only classes*” ispirarono vivaci critiche, provenienti da diverse parti. Gli oppositori sostenevano che non vi fosse, nella *Rule 23*, nessuna specifica disposizione che potesse autorizzare i giudici a concedere la *certification* di *settlement classes* e che tale potere doveva essere ricostruito a partire da altre disposizioni non ben definite della stessa *Rule*. Comunque, la prima edizione del *Manual for Complex Litigation* ad

²¹ Cfr. *In re A.H. Robins Co.*, 880 F.2d 709 (4th Cir. 1989), dove viene ricostruito in dettaglio il dibattito attorno ai *settlement-only classes*, anche commentando molte decisioni precedenti di corti federali, come *In re Bendectin*, 102 F.R.D. 239, 240 (S.D. Ohio 1984), che aveva concesso la *certification* esclusivamente ai fini della conciliazione.

²² *In re A.H. Robins*, 880 F.2d at 740, che cita *Weinberger v. Kendrick*, 698 F.2d 61, 72-73 (2d Cir. 1982); cfr. anche *In re Mid-Atlantic Toyota Antitrust Litig.*, 564 F. Supp. 1379, 1388-90 (D. Md. 1983) *In re First Commodity Corp. of Boston*, 119 F.R.D. 301, 306-08 (D. Mass. 1987).

opera del *Federal Judicial Center* disapprovava fermamente le “*settlement classes*”²³.

Ancora più significativamente, gli oppositori sostenevano che la *certification* di *settlement only classes* forniva una protezione inadeguata degli interessi dei membri della classe assenti, i quali, senza alcuna notifica dell’esistenza e della pendenza dell’azione e con scarsa supervisione giudiziaria, rimanevano totalmente all’oscuro del fatto che gli avvocati di attore e convenuto disponessero anche dei loro interessi nelle negoziazioni dirette a conciliare la lite²⁴. Le *settlement classes*, pertanto, implicavano problemi significativi e preoccupanti relativi al rispetto del *due process* nella condotta delle parti coinvolte nelle attività di conciliazione. Nel 1995, la *United States Court of Appeals* del *Third Circuit* identificò il problema centrale relativo all’utilizzo di *settlement classes*:

*But their use [settlement classes] has not been problem free, provoking a barrage of criticism that the device is a vehicle for collusive settlements that primarily serve the interests of defendants – by granting expansive protection from law suits – and of plaintiff’s counsel – by generating large fees gladly paid by defendants as a quid pro quo for finally disposing of many troublesome claims.*²⁵

²³ *Federal Judicial Center*, MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FIRST EDITION (1969). La seconda, terza e quarta edizione del manuale esprimono parere favorevole nei confronti del concetto stesso di *settlement class*. Cfr. MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) al § 21.6 (*settlements*) e al § 22.9 (*mass tort settlement*).

²⁴ Cfr. in generale Roger C. Cramton, *Individualized Justice, Mass Torts, and “Settlement Class Actions”: An Introduction*, 80 Cornell L. Rev. 811, 826-35 (1995), dove si discute dei problemi relativi al requisito dell’adeguata rappresentanza nelle classi che contengono dei *claimants* futuri; cfr. anche John C. Coffee, Jr., *Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation*, 100 Colum. L. Rev. 370 (2000).

²⁵ *In re General Motors Corporation Pick-Up Truck Fuel Tank Prods. Liab. Litig.*, 55 F3d 768, 789 (3d Cir. 1995). Il *panel* del *Third Circuit*, in una lunga decisione scritta dal *Judge* Carl Becker e che passa in rassegna tutte le possibili argomentazioni relative al problema delle *settlement classes*, in ultimo esprime parere favorevole in merito al concetto stesso di *settlement class*:

“We acknowledge that *settlement classes*, conceived of either as provisional or conditional certifications, represent a practical construction of the class action rule. Such construction affords considerable economies to both the litigants and the judiciary and is also fully consistent with the flexibility integral to Rule 23. A number of other jurisdictions have already accepted *settlement classes* as a reasonable interpretation of Rule 23 and have thereby achieved these substantial benefits. Although we appreciate the concerns raised by the device, we are confident that they can be addressed by the rigorous applications of the Rule 23 requisi-

Alla fine degli anni novanta, la disputa attorno alle *settlement classes* si focalizzò nel tentativo di capire se gli *standards* della *certification* per le *settlement classes* potessero essere allentati in virtù del fatto che, in quei casi, l'azione non verrebbe mai esercitata²⁶. I sostenitori delle *settlement classes* sostenevano che i requisiti della *certification* dovessero essere diversi e meno rigidi nel contesto di una conciliazione. Gli oppositori delle *settlement classes* sostenevano invece che la *Rule 23* non autorizzava alcun allentamento degli *standards* della *certification*, e che l'applicazione di requisiti meno rigidi avrebbe seriamente compromesso i diritti derivanti dal *due process* posti a protezione dei membri assenti della classe.

Le questioni attorno alla legittimità delle *settlement classes* divennero così controverse che, alla fine degli anni novanta, l'*Advisory Committee* federale sulle *Civil Rules* – in tutta risposta all'infuocarsi del dibattito – propose una modifica alla *Rule 23(b)*, che avrebbe aggiunto alcune previsioni specifiche per disciplinare le *settlement classes*²⁷. L'aggiunta di una nuova categoria di *class (b)(4)* avrebbe espressamente consentito la *certification* di *settlement classes*, a richiesta delle parti della conciliazione, “*even though the requirements of subdivision (b)(3) might not be met for purposes of trial.*”²⁸

L'*Advisory Committee* federale sulle *Civil Rules* non diede seguito alla propria proposta di aggiungere una nuova *Rule 23(b)(4)* che autorizzasse le *settlement classes*, perché la Corte Suprema federale risolse il problema confermando la legittimità delle stesse nella decisione del 1997 *Amchem Products, Inc. v. Windsor*²⁹. Osservando come tutte le *federal district courts* avevano riconosciuto l'utilità della *Rule 23 (b)(3)*, la Corte Supre-

tes by the courts at the approval stages. . . For these reasons, we hold that settlement classes are cognizable under Rule 23.”

In re General Motors Corp., ibidem., 55 F.3d, p. 794.

²⁶ Cfr. *ibidem*, Judge Becker sostenne che le *settlement classes* erano autorizzate dalla *Rule 23*, ma che dovessero comunque rispettare, perché fosse loro concessa la *certification*, tutte le disposizioni applicabili alle *litigation classes*. La Corte Suprema, due anni dopo, modificò le conclusioni raggiunte dal *Third Circuit* nella sentenza *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, *infra*.

²⁷ Cfr. il *Proposed Amendment of Fed. Rule Civ. Proc. 23(b)*, 117 S. Ct. No. 1 CXIX, CLIV to CLV (Aug. 1996)(Request for Comment), commentato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 619 (1997).

²⁸ *Ibidem*, per un commento sulla proposta di introduzione di una *settlement class* nella *Rule 23(b)(4)*, cfr. Linda S. Mullenix, *The Constitutionality of the Proposed Rule 23 Class Action Amendments*, 39 Ariz. L. Rev. 615 (1997).

²⁹ *Amchem*, 521 U.S. pp. 619-620.

ma notò come le corti federali erano invece divise nell'indicare fino a che punto le corti dovessero applicare i criteri indicati nella *Rule 23* per la *certification* di *settlement classes*. La Corte Suprema risolse la questione stabilendo che le *settlement classes* devono soddisfare, per la *certification*, tutti i requisiti previsti per le *litigation classes*, accordando, però, maggior flessibilità nell'applicazione del requisito indicato nella *Rule 23(b)(3)(D)*:

Confronted with the request for settlement-only class certification, a district court need not inquire whether the case, if tried, would present intractable management problems, see Fed. R. Civ. P. 23(b)(3)(D), for the proposal is that there be no trial. But other specifications of the rule – those designed to protect absentees by blocking unwarranted or overbroad class definitions – demand undiluted, even heightened, attention in the settlement context. Such attention is of vital importance, for a court asked to certify a settlement class will lack the opportunity, present when a case is litigated, to adjust the class, informed by the proceedings as they unfold.

*And, of overriding importance, courts must be mindful that the rule as now composed sets the requirements they are bound to enforce.*³⁰

Inoltre, la Corte Suprema stabilì che, nel valutare la *certification* di una classe, una corte federale deve considerare l'equità sostanziale e procedurale della conciliazione proposta³¹. Due anni dopo la decisione *Amchem*, la Corte Suprema ribadì la legittimità delle *settlement classes* nella decisione di *Ortiz v. Fibreboard Corp.*³², che era una *settlement class* relativa ad una causa di risarcimento dei danni causati dall'esposizione all'amianto, e approvata secondo la Fed. R. Civ. P. 23(b)(1)(B)³³.

Oggi, una decina di anni dopo le due decisioni *Amchem* e *Ortiz*, che legittimarono definitivamente il concetto stesso di *settlement class*, le *settlement classes* rappresentano uno elemento tipico del panorama giuridico americano relativo alle *class action*. Eliminato ogni dubbio attorno alla legittimità delle *settlement classes*, l'attenzione dei giudici e del legislatore nel decennio successivo si è spostata sulla necessità di garantire la tutela

³⁰ *Amchem, ibidem.*, 521 U.S. p. 620.

³¹ *Amchem, ibidem.*, 521 U.S. p. 620

³² *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (1999).

³³ Sia in *Amchem* che *Ortiz*, anche se per motivi diversi, la Corte Suprema rifiutò di concedere l'approvazione delle *settlement classes*. Comunque, la Corte stabilì che sia *Amchem* che *Ortiz*, mancassero del requisito dell'adeguata rappresentanza dei membri della classe.

dei diritti derivanti dal *due process* e l'adeguata rappresentanza degli interessi dei diversi membri della classe nelle *settlement classes*.³⁴ Perciò, nel ventunesimo secolo, l'interesse dei giudici in relazione alle *settlement classes* si è concentrato sul tentativo di assicurare un'adeguata rappresentanza ai membri assenti della classe, al fine di rendere la conciliazione raggiunta produttiva di effetti vincolanti.

2. I requisiti del *Due Process* necessari affinché i *Settlement Orders* siano dotati di efficacia vincolante e le possibilità di impugnativa della conciliazione raggiunta.

In *Amchem* e *Ortiz*, la Corte Suprema stabilì che le corti non possono approvare *settlement classes* che non soddisfino il requisito di adeguatezza necessario per accordare la *certification* a una classe. La Corte statuiti che i conflitti di interesse interni alla classe dei *claimants* impedissero il rispetto delle garanzie strutturali derivanti dal *due process* e, pertanto, che non fosse stata data idonea protezione ai vari interessi diversi³⁵. Conseguentemente, sia in *Amchem* che in *Ortiz*, i tentativi di conciliazione fallirono.

Le *class action litigation* negli Stati Uniti sono una forma di controversia rappresentativa (*representational litigation*); cioè, i membri della classe non sono in realtà presenti per rappresentare il loro interessi personali. Al contrario, vengono designati alcuni rappresentanti dell'intera classe (*class representatives*) i quali sono scelti per svolgere il ruolo di *plaintiff* e per rappresentare gli interessi dei membri della classe, e, questi ultimi, vengono definiti come membri assenti o innominati (*absent class members* o *unnamed class members*). Tecnicamente, gli *absent class members* non sono parti del processo.

In quanto *representational litigation*, la maggioranza dei membri della classe non è presente per comunicare con i propri avvocati, per monitorare lo sviluppo del processo, per partecipare alle decisioni e alle trattative o per autorizzare il contenuto della conciliazione. Conseguentemente, per proteggere i membri assenti dal pericolo di collusione o dal rischio di

³⁴ Cfr. in generale, MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) al § 21.612, dove vengono identificate alcune questioni ricorrenti nelle *settlement classes*, compresi i conflitti di interesse, la tutela dei *claimants* futuri, la gestione dei *claims* nonché la determinazione delle parcelle degli avvocati.

³⁵ *Ortiz*, 527 U.S. pp. 832, 856; *Amchem*, 521 U.S. p. 627.

perseguimento di interessi personali da parte degli avvocati che gestiscono la controversia, la struttura delle *class actions* americane è in larga parte segnata dalla necessità di accordare le garanzie derivanti dal *due process*.³⁶

Molte delle protezioni derivanti dal *due process* e applicabili ai processi relativi a *class action* non sono considerate necessarie nei processi tradizionali, dove la parte attrice è effettivamente presente e può proteggere i propri interessi nel processo³⁷. Pertanto, molte delle regole, degli *standard* e dei requisiti che incidono sulla struttura delle *class litigations* non hanno un corrispondente in quei processi tradizionali in cui le parti sono i guardiani dei propri interessi.

La *Rule 23*, nonché la dottrina che l'ha interpretata, ha enucleato vari tipi di protezioni derivanti dal *due process*. Per esempio, le *class action litigation* vedono tipicamente un'anticipata e attiva partecipazione dell'organo giudiziale, che supervisiona e gestisce la *class action*. Viceversa, nei processi tradizionali, un giudice può non incontrare le parti fino al giorno del *trial*. Nelle *class action litigation*, il giudice deve decidere, prima possibile, se la *class action* esercitata sia in effetti idonea a essere proposta come *class action*³⁸. Nelle controversie tradizionali, le parti non devono ottenere una preventiva approvazione da parte del giudice per poter procedere. La *class action* proposta deve superare i requisiti minimi indicati per la *certification*³⁹, compresa la valutazione, da parte del giudice, dell'adeguatezza della rappresentanza fornita dai legali e dai rappresentanti della classe⁴⁰. Più in generale, il giudice deve nominare i legali della classe in base ai criteri indicati nella *Rule 23*⁴¹. In nessun momento dei procedimenti relativi a controversie tradizionali, il giudice deve valutare l'adeguatezza della rappresentanza.

³⁶ Sia il Quinto che il Quattordicesimo *Amendment* della Costituzione degli Stati Uniti, contengono *due process clauses* identiche, che sono intese a proteggere i cittadini dalla privazione di "life, liberty, or property without due process of law." Il Quinto, limita l'attività del governo federale, il Quattordicesimo limita l'attività dei governi dei singoli stati, vincolandoli al rispetto di tali garanzie di *due process*. Cfr. U.S. Const. Amend. V, XIV.

³⁷ Cfr. MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) al § 13.14 dove si osserva che "ordinarily settlement does not require judicial review and approval in traditional litigation".

³⁸ Fed. R. Civ. P. 23 (c)(4)(A).

³⁹ Fed. R. Civ. P. 23(a)(1)-(4).

⁴⁰ Fed. R. Civ. P. 23(a)(4).

⁴¹ Fed. R. Civ. P. 23(g)(a) seguito della modifica intervenuta nel 2003).

I giudici federali sono dotati di un buon numero di poteri manageriali al fine di supervisionare le *class actions* e sono incoraggiati a monitorare attivamente la controversia⁴², mentre, invece, nelle controversie tradizionali, i giudici non sono attivamente coinvolti nello sviluppo o nella discussione della causa. Nelle *class action* che hanno ad oggetto l'accertamento di danni e a cui la corte concede la *certification* in virtù della *Rule 23(b)(3)*, la stessa regola prevede che i membri della classe debbano ricevere la notifica dell'azione e dell'opportunità a loro accordata di esercitare l'*opt-out*, per scegliere di rimanere esclusi dalla classe⁴³. Pertanto, la notifica e il diritto di *opt-out* sono ulteriori protezioni offerte ai membri della classe che distinguono la *class litigation* dalle controversie tradizionali.

Infine, la *Rule 23(e)* impone che la corte approvi un qualsiasi *class action settlement* perché l'azione sia conciliata, transatta o abbandonata⁴⁴. Le previsioni modificate nel 2003 impongono che la proposta di *settlement* venga notificata ai membri della classe e che si tenga un *fairness hearing* davanti al giudice. La *ratio* delle regole che impongono la notifica, la celebrazione di un'apposita udienza⁴⁵ e che rendono necessaria l'approvazione giudiziale, consiste nel garantire strumenti aggiuntivi di effettività delle garanzie derivanti dal *due process* ai membri assenti della classe. Al contrario, le parti di una controversia tradizionale possono negoziare e consumare il rapporto conciliativo o abbandonare l'azione, senza alcuna supervisione giudiziale⁴⁶.

Assicurare un'adeguata rappresentanza degli *absent class members* nella *class litigation* o nel *class settlement* costituisce il requisito fondamentale derivabile dal *due process* e necessario per ottenere decisioni vincolanti⁴⁷. In assenza del requisito dell'adeguata rappresentanza, la Corte Suprema ha da tempo riconosciuto che i giudizi pronunciati a conclusione di un procedimento di *class action* non possano produrre effetti vinco-

⁴² Fed. R. Civ. P. 23(d).

⁴³ Fed. R. Civ. P. 23(c)(2)(B).

⁴⁴ Fed. R. Civ. P. 23(e).

⁴⁵ Fed. R. Civ. P. 23(e). I requisiti della doppia notifica e dell'obbligatorietà dell'udienza sono stati aggiunti nel 2003. Inoltre, le modifiche del 2003 alla *Rule 23* per la prima volta hanno stabilito che tali previsioni dovessero applicarsi ai *class action settlements*.

⁴⁶ Cfr. *supra* n. 37.

⁴⁷ Cfr. *Ortiz*, 527 U.S. pp. 856-57; *Amchem*, 521 U.S. p. 627.

lanti nei confronti dei membri della classe⁴⁸. In *Amchen* e *Ortiz*, i *claimants* includevano persone che già avevano subito un danno dall'esposizione dell'amianto, e persone che ancora non avevano subito un danno (definiti "non-impaired future claimants"). In *Ortiz*, i *claimants* avevano polizze assicurative diverse e applicabili a periodi temporali diversi.

In entrambi i *settlements*, le differenze tra i *claims* dei diversi membri della classe crearono conflitti di interesse all'interno della classe, ma, ciò nonostante, gli avvocati negoziarono le conciliazioni contemporaneamente per tutti i *class members*. Alla luce di questi fatti, la Corte Suprema ritenne che l'inadeguata rappresentanza dei diversi *claimants*, parti delle conciliazioni raggiunte sia in *Amchen* che in *Ortiz*, imponesse il rigetto, da parte della Corte stessa, di entrambe le proposte di *settlement*.

Come conseguenza della discussione svolta davanti alla Corte Suprema in merito all'adeguatezza di *Amchen* e *Ortiz*, la *United States Court of Appeals* per il *Second Circuit* si trovò a dover determinare se due veterani della guerra in Vietnam che soffrivano di cancro potessero impugnare il *settlement* delle cause relative ai danni subiti dall'impiego dell'*Agent Orange*, approvato da una corte di New York nel 1984. Al tempo delle cause relative all'*Agent Orange*, i due veterani non avevano ancora manifestato alcuna malattia e, pertanto, nessun danno era stato loro risarcito attraverso il fondo a ciò costituito. Quando i veterani manifestarono la malattia, circa venti anni dopo, cercarono di farsi risarcire i danni subiti dalla *Dow Chemical*, che era tra i *defendants* nell'originaria controversia che aveva ad oggetto i danni causati dall'*Agent Orange*. *Dow Chemical* sostenne che il definitivo *settlement order* nelle cause dell'*Agent Orange* costituisse cosa giudicata e, pertanto, impedisse ai veterani di rivalersi contro la *Dow Chemical*. Citando *Amchen* e *Ortiz*, i veterani argomentarono che, come *non-impaired future claimants*, non erano adeguatamente rappresentati nel momento in cui gli avvocati negoziarono l'accordo conciliativo successivamente approvato dalla Corte.

⁴⁸ Cfr. *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32 (1940): "no binding res judicata effect to class judgment in absence of adequate class representation in the prior litigation". Fin dalla decisione della Corte Suprema in *Hansberry*, le corti federali hanno permesso *collateral attack* contro i *class action judgments*, che fossero fondati sull'asserita violazione dei requisiti garantiti dal *due process* e la mancata realizzazione del requisito dell'*adequate representation*. Cfr. anche *Van Gemert v. Boeing Co.*, 590 F.2d 433, 440 n. 15 (2d Cir. 1978), *aff'd* 444 U.S. 472 (1980): dove si stabilisce che: un "[j]udgment in a class action is not secure from collateral attack unless the absentees were adequately and vigorously represented."

Il *Second Circuit* della *Court of Appeals*, in *Stephenson v. Dow Chemical Corp.*⁴⁹, si trovò d'accordo con i veterani e ritenne che, seguendo *Amchem* e *Ortiz* (così come altri precedenti della Corte Suprema), la mancanza di adeguata rappresentanza nel procedimento conciliativo forniva ad un membro della classe la base per proporre un *collateral attack* contro il *settlement* raggiunto:

*Res judicata generally applies to bind absent class members except where to do so would violate due process. Due process requires adequate representation "at all times" throughout the litigation, notice "reasonably calculated . . . to apprise interested parties of the pendency of the action," and an opportunity to opt out.*⁵⁰

La decisione in *Stephenson* è particolarmente significativa nell'ambito dei procedimenti di negoziazione e conclusione delle *settlement classes*. Sembra forse possibile sostenere che, oggi, i *class action settlements* sono negoziati e raggiunti all'ombra della decisione resa in *Stephenson*, nella misura in cui è chiaro a tutti i partecipanti che un *settlement* malamente

⁴⁹ *Stephenson v. Dow Chemical Co.*, 273 F.3d 249, 261 (2d Cir. 2001), in cui viene citata *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985). In *Stephenson*, la corte del *Second Circuit* stabilì che i *class members* nell'*Agent Orange settlement* del 1984 avrebbero potuto "*collaterally attack*" quel *settlement* per la mancanza del requisito di *adequate representation*. Per commenti in relazione alla decisione in *Stephenson* e al requisito dell'adeguata rappresentanza nelle *litigation* e *settlement classes*, cfr., in generale, Deborah Lynn Bassett, *The Defendant's Obligation to Ensure Adequate Representation in Class Actions*, 74 U.M.K.C. L. Rev. 511 (2006); Kevin R. Bernier, Note, *The Inadequacy of Broad Collateral Attack: Stephenson v. Dow Chemical Company and Its Effects on Class Action Settlements*, 84 B.U.L. Rev. 1023 (2004); David A. Dana, *Adequacy of Representation After Stephenson: A Rawlsian/Behavioral Economics Approach to Class Action Settlements*, 55 Emory L.J. 279 (2006); Linda S. Mullenix, *Taking Adequacy Seriously: The Inadequate Assessment of Adequacy in Litigation and Settlement Classes*, 57 Vand. L. Rev. 1687 (2004); Richard A. Nagareda, *Administering Adequacy in Class Representation*, 82 Tex. L. Rev. 287 (2003); e Patrick Wooley, *Shutts and the Adequate Representation Requirement*, 74 U.M.K.C. L. Rev. 765 (2006).

⁵⁰ *Stephenson*, *ibidem.*, 273 F.3d p. 260. La decisione della corte del *Second Circuit* in *Stephenson* fu impugnata davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti, che si divise equamente sulla "*per curiam decision*" (solo otto giudici parteciparono) consentendo così che la decisione della corte del *Second Circuit* costituisse un precedente solamente per il *Second Circuit*. Cfr. *Dow Chemical Co. v. Stephenson*, 539 U.S. 111 (2001). Cfr. in generale, Gregory M. Wirt, *Missed Opportunity: Stephenson v. Dow Chemical Co. and the Finality of Class Action Settlements*, 109 Penn. St. L. Rev. 1297 (2005).

strutturato può rimanere esposto a successivi *collateral attack* e, pertanto, reso inefficace.

In generale, *plaintiffs* e *defendants* cercano, nel *settlement*, una soluzione globale di tutte le pretese dei *class members*, e i *defendants*, in particolare, cercano di raggiungere un risultato definitivo e al riparo da future controversie. Nei limiti in cui *Stephenson* autorizza possibili *collateral attack* successivi contro *class action settlements* – anche venti anni dopo il raggiungimento del *settlement* stesso – questa impostazione mette a rischio e sottovaluta il valore della finalità dei risultati raggiunti attraverso un *settlement*.

Chiaramente, non è nell'interesse dei *plaintiffs*, dei *defendants* né del sistema giuridico in generale che i *class action settlement* raggiunti possano venir successivamente invalidati. Pertanto, assicurare adeguata rappresentanza nel momento della negoziazione e dell'approvazione di un *settlement* è assolutamente cruciale per preservare i *settlements* da *collateral attacks*. Assicurare una rappresentanza adeguata oltre che le altre protezioni del *due process* ai membri assenti di una classe, è, quindi, una delle preoccupazioni principali relative ai *class settlement*.

3. Tipi possibili di *Settlement classes*

In applicazione della *American class action Rule*, le *litigation classes* ottengono la *certification* come tre tipi (*categories*) diversi, indicati nella *Rule 23(b)(1)-(3)*⁵¹. Siccome le corti approvano la *certification* delle *settlement classes* in applicazione dei medesimi requisiti, le *settlement classes* sono strutturate, similamente, in osservanza delle *categories* delineate nella *Rule 23(b)*. Le parti della conciliazione hanno l'onere di indicare a quale *category* dovrà essere ricondotto il loro *settlement*, e tale indicazione dipende da valutazioni di tipo strategico, legale o di tipo logico. Al tipo di classe (*class category*) entro la quale viene ricondotta la conciliazione, vengono fatte risalire conseguenze rilevanti quanto alla approvazione giudiziaria che ne conclude il procedimento nonché alla stessa applicazione del *settlement*, perché le varie *class categories* impongono distinti requisiti. Inoltre, ognuna di queste *class categories* presenta problemi diversi alle parti della conciliazione, ai vari *claimants* e alla corte.

⁵¹ In realtà, ci sono quattro tipi di *class actions*, perché la *Rule 23(b)(1)* ne contempla due. Cfr. Fed. R. Civ. P. 23(b)(1)(A) e (B).

Ci sono significative differenze, sul piano teorico e su quello pratico, tra le tre *class categories*. Le due *class categories* previste nella Rule 23(b)(1) e (b)(2)⁵² sono chiamate classi obbligatorie (*mandatory classes*), e non permettono ai loro membri di esercitare *l'opt out*. A parte alcune eccezioni di cui parlerò a breve, le *class action* di questo tipo sono generalmente orientate a produrre soluzioni di equità (*equitable remedies*) come *injunctions* o *declaratory judgements*, ma non soddisfazioni pecuniarie (*monetary relief*). Qualsiasi *settlement* rientrante tra queste due *categories* vincola tutti i membri della classe. Nel contesto del *settlement*, i membri della classe di *settlement* rientranti nei tipi delineati nella Rule 23 (b)(1) o (b)(2) saranno vincolati al contenuto dell'accordo approvato dal giudice.

Fino al 2003, i membri di una *litigation class* rientrante in tali due *categories* non ricevevano alcuna notificazione dell'esistenza dell'azione. La *class action rule* è stata così modificata al fine di consentire, secondo il giudizio discrezionale della corte, la notifica a tali *class members*⁵³. Tale nuova previsione si applica anche alle *settlement classes*. In generale, la proposta di *settlement* deve essere notificata a tutti i membri di una classe, a prescindere dal tipo di *class action*, quando tale proposta è stata presentata al giudice per l'approvazione finale⁵⁴.

Al contrario, la Rule 23(b)(3) definisce, per unanime consenso, la *class category* più idonea per le decisioni attorno a pretese che abbiano

⁵² La Rule 23(b) prevede che:

“(b) Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if:

(1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of:

(A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members that would establish inconsistent standards of conduct for the party opposing the class; or

(B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impeded their ability to protect their interests;

(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole . . .”

⁵³ Fed. R. Civ. P. 23(c)(2)(A): “Notice. For (b)(1) or (b)(2) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), the court may direct notice to the class.”

⁵⁴ Fed. R. Civ. P. 23(e)(1): “The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal.”

ad oggetto il risarcimento di un danno liquidabile pecuniariamente⁵⁵. In questo caso, requisito per l'esercizio della *class action* è la notifica ai membri della classe, che deve includere la possibilità di esercitare l'*opt-out*⁵⁶. A partire dal 2003, le parti, per poter ottenere l'approvazione del giudice di un *class settlement* rientrante nella *category* della *Rule 23(b)(3)*, devono provvedere ad effettuare una nuova notificazione a tutti i membri della classe che informi questi ultimi del contenuto del *settlement* e, facendo ciò, offrire loro una seconda possibilità di *opt-out*⁵⁷.

Come già osservato, i tipi di *remedies* disponibili nei procedimenti relativi alle classi dei primi due tipi (b(1) e b(2)) sono generalmente diversi dai tipi di *monetary relief* che possono essere raggiunti con le *classes* del terzo tipo. Normalmente, le *categories* previste nelle *subsections* (b)(1)(A) e (b)(2) sono appropriate per ottenere, nei confronti o a favore di tutta la classe, *injunctive* e *declaratory relief*. Per ottenere la *certification* relativamente a classi del tipo previsto in (b)(1)(A) e (b)(2), i proponenti devono dimostrare che tutti i membri della classe abbiano interessi omogenei e, quindi, che un *equitable relief* rappresenti la soluzione migliore possibile. Più in generale, la maggior parte delle corti che si sono trovate ad affrontare il problema, ha concluso che la *class category* delineata dalla *Rule 23(b)(1)(A)* non è indicata per ottenere risarcimenti pecuniari di danni. Inoltre, nella pratica delle *class action*, le corti normalmente non concedono la *certification* a classi in applicazione della *Rule 23(b)(1)(A)* e, ancora più raramente, considerano le classi rientranti in tale tipo legale come idonee a costituire una *settlement class*.

La *Rule 23(b)(1)(B)* è universalmente conosciuta come la "*limited fund*" *class action*, in base alla considerazione per la quale quando il patrimonio del *defendant* costituisce un *limited fund*, i *claimants* che agi-

⁵⁵ Fed. R. Civ. P. 23(b)(3), che prevede che una *class action* può rientrare nelle previsioni contenute in tale regola se:

"(3) *The court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy.*"

Rule 23(b)(3) enumera quattro fattori che le corti possono valutare nel decidere se una *class action* proposta soddisfa i *predominance* e *superiority requirements*. Cfr. Fed. R. Civ. P. 23(b)(3)(A)-(D).

⁵⁶ Fed. R. Civ. P. 23(c)(2)(B)(i) – (vii).

⁵⁷ Fed. R. Civ. P. 23(e)(4): "*if the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so.*"

scono individualmente potrebbero subire un pregiudizio (in assenza di una soluzione comprensiva per tutta la classe) dall'estinguersi progressivo del *limited fund*. In conseguenza di ciò, la *category* prevista nella *Rule 23(b)(1) (B)* permette a tutti i membri della classe di "aggregarsi" in un'unica azione, con ciò proteggendosi rispetto alla limitatezza del patrimonio che intendono aggredire, distribuendo quanto ottenuto secondo criteri definiti (ad esempio *per capita*).

Fino a poco tempo fa, le corti federali avevano scarsa esperienza in merito alle *settlement classes* con patrimoni limitati (*limited fund settlement classes*) e le *classes* relative ottenevano di rado la *certification*⁵⁸. La decisione del 1999 della Corte Suprema del caso *Ortiz v. Fibreboard Corp.*⁵⁹ fornisce la valutazione definitiva delle *limited fund settlement classes* (la questione era al centro del caso deciso dalla Corte Suprema).

In *Ortiz*, la Corte Suprema articolò tre criteri risolutivi per determinare l'approvazione di una *limited fund settlement class*. In primo luogo, i proponenti di un tal tipo di classe devono dimostrare alla corte, attraverso prove estrinseche, che il patrimonio del *defendant* sia effettivamente limitato⁶⁰. In *Ortiz*, la Corte rigettò la prova offerta dai proponenti sull'esistenza del *limited fund* perché si fondava unicamente sull'accordo tra le parti⁶¹. In secondo luogo, il contenuto del *settlement* deve essere formulato in modo tale che la sua applicazione esaurisca il *limited fund* del *defendant*.⁶² E, in terzo luogo, il contenuto del *settlement* deve prevedere una distribuzione equa e giusta del patrimonio aggredito tra tutti i membri della classe⁶³. Siccome i *settlement* proposti in *Ortiz* (che avevano ad oggetto cause relative ai danni da esposizione all'amianto) non superarono i tre *test*, la Corte non ne confermò la validità⁶⁴.

La decisione del 1999 del caso *Ortiz* e gli standard che la Corte contestualmente enucleò, hanno reso estremamente difficile negoziare e raggiungere un *settlement* secondo la previsione contenuta nella *Rule 23(b)(1)(B)*. Dopo *Ortiz*, ben pochi *class action settlement* del tipo *limited fund* vennero raggiunti. Conseguentemente, le *categories* definite dalle

⁵⁸ *Ma v. In re Orthopedic Bone Screw Prod. Liab. Litig.*, 176 F.R.D.158 (E.D. Pa. 1997), che era un *limited fund settlement class* approvato dalla corte pre-*Ortiz*.

⁵⁹ 527 U.S. 815 (1999).

⁶⁰ *Ortiz*, 527 U.S. pp. 838, 848.

⁶¹ *Ortiz*, 527 U.S. pp. 839, 841.

⁶² *Ortiz*, 527 U.S. pp. 838-39.

⁶³ *Ortiz*, *ibidem*

⁶⁴ *Ortiz*, 527 U.S. pp. 841, 848-861.

Rule 23(b)(1)(A) e (b)(1)(B) si sono dimostrate di scarsa utilità per le parti di una conciliazione che intendessero usarle come base per proporre *settlements* che avessero efficacia per l'intera classe.

I *class action settlements*, pertanto, sono generalmente costruiti come *equitable relief classes*, come previsto nella Rule 23(b)(2) o come *damage classes*, come indicato nella Rule 23(b)(3). Spesso, i *settlements* raggiunti seguendo tali previsioni legali implicano alcuni problemi sostanziali. Perché venga concessa la *certification* ad una *settlement class* definita secondo la Rule 23(b)(2), i proponenti devono dimostrare la coesione o l'omogeneità dei membri della classe, l'adeguatezza della *equitable relief* richiesta e che l'*injunction* o il *declaratory judgement* siano gli strumenti di tutela preponderante nel contesto del *settlement*. Convenzionalmente, le classi definite attraverso la Rule 23(b)(2) non sono adatte ad ottenere il risarcimento di danni. Comunque, nel corso dell'ultimo decennio, una parte della dottrina, in disaccordo con tale impostazione, ha sostenuto la tesi secondo la quale sarebbe possibile ottenere il risarcimento di alcuni danni attraverso le azioni previste nella Rule 23(b)(2), nel caso in cui tali danni fossero accessori (*incidental*) rispetto all'*equitable relief*.⁶⁵ Questa dottrina ha suscitato un vivace dibattito attorno a quali tipi di danni dovessero essere considerati *incidental* rispetto alla *equitable relief* pretesa e quali *test* le corti avrebbero dovuto applicare per valutare tali pretese.

La *category* definita dalla Rule 23(b)(3), allora, è quella più utilizzata da chi intenda proporre *class action settlements* che abbiano a oggetto azioni per il risarcimento di danni. Un *settlement* raggiunto nell'ambito della Rule 23(b)(3), comunque, implica il rispetto di un insieme diverso di requisiti rispetto a quelli previsti per le cosiddette *mandatory classes*, e, spesso, i *settlement* del tipo definito nella Rule 23(b)(3) sono più complicati rispetto a quelli che rimangono invece nell'ambito di applicazione delle altre disposizioni della Rule 23.

A differenza dei *class settlement* raggiunti seguendo le previsioni convenute in (b)(1) e in (b)(2), le *settlement classes* disciplinate dalla Rule 23(b)(3) comprendono *class members* con pretese o interessi diversi. Siccome le *damage class action* disciplinate dalla Rule 23(b)(3) tendono ad essere più "disordinate" e meno strutturalmente coese rispetto agli altri

⁶⁵ Per un commento attorno a questa controversia, su le possibili decisioni in conflitto di corti federali e il problema del "*category creep*," Cfr. in generale, Linda S. Muller, *No Exit: Mandatory Class Actions in the New Millennium and the Blurring of Categorical Imperatives*, 2003 U. Chi. Legal F. 177 (2003).

tipi di *settlement classes*, ottenere l'approvazione giudiziale di un *settlement* disciplinato dalla *Rule 23(b)(3)* è generalmente più complicato e più impegnativo. Dopo le decisioni della Corte Suprema in *Amchem* e *Ortiz*, le parti della conciliazione devono fornire garanzie di tipo strutturale in merito al rispetto dei requisiti derivanti dal *due process* a tutela di *class members* con interessi differenti. Per soddisfare tali problemi relativi al rispetto del *due process*, un *settlement* può dover prevedere sottoclassi (*subclasses*), nonché un'assistenza legale indipendente e separata per tali *subclasses*. Inoltre, una *settlement class* disciplinata dalla *Rule (b)(3)* può dover richiedere più notifiche e dover fornire più opportunità, alla classe, di esercitare l'*opt-out*. Siccome la notifica non è facoltativa in tali *settlement classes*, il costo derivante dall'adempimento di tali obblighi di notificazione costituisce una spesa aggiuntiva e sostanziale nella maggior parte delle *damage settlement classes*.

Più in generale, i *settlement* di *damages class actions* sollevano alcune questioni complicate e problemi specifici nella gestione del *settlement* stesso. I *settlements* che sono raggiunti e approvati secondo i requisiti indicati dalla *Rule 23(b)(1)* e *(b)(2)* tendono ad essere *self-executing*, perché i rimedi in queste azioni tipicamente sono *injunctions* o *declaratory judgements*. Eccezion fatta per la continua supervisione giudiziale, c'è poca interazione tra i membri della classe coinvolti in *settlement* del tipo indicato nella *Rule 23(b)(1)* e *(b)(2)*. Viceversa, i *settlements* del tipo definito dalla *Rule 23(b)(3)* non sono *self-executing*, ma richiedono invece una gestione continua e successiva al *settlement*.

Perciò, assumendo che un *settlement* proposto secondo la *Rule 23(b)(3)* raggiunga l'approvazione giudiziale (vedi oltre), le *damage class settlements* tipicamente comportano e necessitano di complicati modelli di determinazione dei danni, meccanismi amministrativi per individuare i *claimants*, nonché per gestire e distribuire i vari risarcimenti; meccanismi amministrativi o giudiziali per contestare e impugnare la determinazione dell'ammontare risarcibile; procedure di *default* per i danni che non sono stati oggetto di alcuna pretesa come le distribuzioni *cy press*; il coinvolgimento di esperti speciali o altre figure simili; nonché una continua supervisione giudiziale.

Le parti che desiderino conciliare dovranno, ad un certo punto, determinare la *category* della classe a cui far ricondurre il *class settlement*. Molti e diversi fattori, che verranno descritti a breve, influenzeranno la scelta delle parti. Comunque, prima di poter approvare un *settlement*, la corte deve essere ragionevolmente soddisfatta del rispetto, nella proposta

di *settlement*, dei requisiti per la *class certification* così come determinati dalla *Rule 23(b)* in relazione alla *category* applicabile.

4. I problemi etici inerenti ai *class action settlements* ei possibili abusi.

Esiste una letteratura consistente che si è occupata dei problemi etici implicati dalle *class action litigation*.⁶⁶ Fin da subito o nel loro momento genetico, le *class actions* stimolano una molteplice varietà di problemi particolarmente impegnativi, come l'adescamento scorretto o il deferimento dei clienti, o la valutazione della correttezza degli accordi di divisione delle spese. Nelle fasi successive delle *class action*, il problema dell'adeguatezza della rappresentanza permea praticamente ogni aspetto dello sviluppo della causa, includendo, ma non solo, le comunicazioni con i membri della classe, il procedimento di *discovery*, la raccolta progressiva delle prove e la scelta dei testimoni, il finanziamento economico dell'intera causa e i conflitti tra gli interessi dei membri della classe.

Sebbene ogni *class litigation* sia generalmente impregnata di una molteplicità di interrogativi etici, una significativa costellazione di tali questioni emerge quando le parti di una *class litigation* decidono di conciliare la controversia che le coinvolge. Sebbene le grosse questioni etiche che emergono nel corso di un *settlement* siano normalmente collegate con gli ordinari doveri professionali, il procedimento di *class settlement* è rimasto l'oggetto centrale delle preoccupazioni e delle valutazioni delle corti e dei loro commentatori⁶⁷.

Le corti e i loro commentatori hanno identificato molte ragioni per cui le tensioni etiche sono inerenti ai *class action settlement*. Come già osservato, le *class action* sono un tipo di *representational litigation*, e pertanto, la tutela degli interessi dei membri assenti della classe è nominalmente affidata ai legali e ai rappresentanti della classe. Ma, come molti

⁶⁶ Cfr. in generale, Jack B. Weinstein, *INDIVIDUAL JUSTICE IN MASS TORT LITIGATION* (1995); Jack B. Weinstein, *Ethical Dilemmas in Mass Tort Litigation*, 88 Nw. U.L. Rev. 469 (1994), dove si trova una lunga rassegna dei problemi etici che sorgono nelle *mass tort class litigation*; *MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH* (2004) al § 13.24 ("Ethical Considerations").

⁶⁷ Cfr. in generale, Howard M. Downs, *Federal Class Actions: Diminished Protection for the Class and the Case for Reform*, 73 Neb. L. Rev. 646 (1994); Note, *Abuse in Plaintiff Class Action Settlements: The Need for a Guardian During Pretrial Settlement Negotiations*, 84 Mich. L. Rev. 308 (1985).

commentatori hanno osservato, le *class action litigation* presentano opportunità uniche per perseguire interessi personali o realizzare collusioni tra le parti della disputa⁶⁸. Nelle controversie tradizionali, un *plaintiff* è davvero presente per monitorare le azioni del suo avvocato e per approvare o disapprovare la proposta conciliativa dopo aver discusso razionalmente con il proprio legale rappresentante⁶⁹. Se il *plaintiff* è scontento o non è persuaso dalle condizioni della conciliazione, può istruire il proprio avvocato affinché rigetti la proposta conciliativa, o la riformuli a partire da condizioni più favorevoli.

Nei *class settlement*, peraltro, i membri di una classe tipicamente non vengono a conoscenza della conciliazione se non dopo che il legale della classe ne abbia già negoziato il contenuto con l'altra parte, e cioè in un momento in cui i membri della classe non possono più intervenire per contribuire a definire l'impianto del *settlement*, o cambiarne il contenuto, o obiettare in modo sensato contro la sua stipulazione. Invero, se un *class member* è parte di una *mandatory class* così come definita dalla *Rule 23(b)(1)* o *(b)(2)*, egli non può esercitare l'*opt out* oppure abbandonare la classe, ma sarà vincolato dalla conciliazione eventualmente raggiunta nel caso in cui la corte decidesse di approvarla.

I legali della classe e della difesa sono consapevoli di tali dinamiche inerenti ai *class settlements* e sono inoltre consapevoli del fatto che il legale della classe gode di una discrezionalità praticamente senza vincoli nel negoziare e costruire il *class settlement* per compito dei membri della classe assenti. Inoltre, le dinamiche inerenti ai *class settlement* sono significativamente collegate alle diverse modalità di pagamento degli avvo-

⁶⁸ Il Professor John C. Coffee ha discusso diffusamente dei problemi relativi al *self-dealing* e alla collusione nelle *class action litigation* e nei *class action settlements*. Cfr., per esempio, John C. Coffee, *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action*, 95 Colum L. Rev. 1343 (1995); John C. Coffee, *The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action*, 54 U. Chi. L. Rev. 877 (1987); John C. Coffee, *Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law through Class Actions and Derivative Actions*, 86 Colum. L. Rev. 669 (1986).

⁶⁹ V. *In re Masters Mates and Pilots Pension Plan*, 957 F.2d 1020, pp. 1025-266 (2d Cir. 1992), che tratta di una *voluntary dismissal* per accordo tra le parti; Cfr. anche MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) al § 13.14: "Ordinarily, settlement does not require judicial review and approval. Many of the exceptions to the rule, however, are of particular relevance to complex litigation. The Federal Rules require court approval of settlements in class actions . . ."

cati nel contesto di tali controversie⁷⁰. Sebbene alcune corti federali utilizzino la cosiddetta metodologia “*lodestar*” per la determinazione dei compensi degli avvocati⁷¹, lo *standard* prevalente nella maggior parte delle corti federali è di assegnare all’avvocato dei *plaintiffs* una percentuale di quanto percepito dall’intera classe (*common benefit fund*)⁷². Tali percentuali tipicamente oscillano attorno al 25%, ma possono raggiungere anche il 40% del valore dell’intero fondo. Siccome le *american damage class actions* riguardano frequentemente danni per milioni di dollari, il compenso destinato agli avvocati è conseguentemente commisurato all’ammontare di quanto viene risarcito all’intera classe.

Data la dimensione di una *monetary damage class* e la prospettiva di un compenso a percentuale, gli avvocati che si occupano di *class action* hanno un forte disincentivo a sostenere spese significative nello sviluppo della *class litigation* attraverso la *discovery* e il *trial*. Se il legale della classe riesce a transigere abbastanza presto, nel corso della *litigation*, lo stesso legale riuscirà a ottenere una percentuale della somma risarcita alla classe (di solito milioni di dollari di spese legali) con il minimo sforzo e la minima spesa. Correlativamente, i legali della difesa sono consapevoli che potrebbe essere a vantaggio del legale della classe riuscire a transigere il prima possibile, il che offre la possibilità ai *defendants* di fare un’offerta di modesta entità all’inizio del procedimento di *settlement*. In questa prospettiva, sia il legale del *plaintiff* che quello della difesa vincono: il legale della classe ottiene una parcella di importo significativo senza grosse spese o sforzi e i *defendants* assicurano un *settlement* “economico” ai propri clienti.

Il calcolo economico nelle *class litigation*, allora, incoraggia un certo livello di consapevole o tacita collusione tra il legale della classe e i *defendants*, in particolare e ancor più chiaramente nelle *settlement classes*

⁷⁰ V. Fed. R. Civ. P. 23(h), che disciplina le modalità attraverso cui le corti approvano la determinazione delle parcelle degli avvocati nelle *class actions*. La Rule 23(h) fu aggiunta alla *class action rule* nel 2003. La Rule 23(h) autorizza la corte ad approvare la richiesta di parcella degli avvocati e nonché a usare vari metodi, tra cui quello che attribuisce all’avvocato una percentuale del *benefit fund*, o il metodo *lodestar*. Questi due metodi costituivano gli standard più usati dalle corti federali per determinare l’ammontare delle parcelle degli avvocati prima del 2003, e la *ratio* della riforma del 2003 è stata quella di codificare le pratiche più diffuse.

⁷¹ Cfr. MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) al § 14.122 (“*Lodestar Fee Awards*”).

⁷² *Ibidem.* al § 14.121 (“*Percentage Fee Awards*”).

disciplinate dalla *Rule 23(b)(3)*. I *class settlements* fanno emergere significativi dilemmi etici perché il legale della classe ha un forte interesse nel negoziare guardando con favore la possibilità di raggiungere un accordo velocemente per ottenere la propria parcella e, questo, induce il legale ad essere non proprio rigoroso nel trattare una grande somma di denaro per conto dei *class members*.

Più in generale, la determinazione della fonte finale del pagamento delle parcelle degli avvocati presenta un ulteriore dilemma etico⁷³. Se la parcella dell'avvocato viene erogata dal fondo costituito per l'intera classe, viene ancor di più diminuita la possibilità che l'avvocato si comporti davvero a tutela degli interessi dei singoli membri della classe. Pertanto, alcune corti hanno stabilito che l'ammontare e le modalità di corresponsione delle parcelle degli avvocati vadano discussi separatamente dalle negoziazioni attorno al *class fund*. Comunque, nelle *class litigation*, i *defendants* frequentemente conoscono il limite della loro possibilità di offerta nel *settlement*, e rimane sostanzialmente indifferente ai *defendants* come il costo del *settlement* venga diviso tra la classe e i loro avvocati. In questo scenario, anche la separazione delle negoziazioni sulle parcelle dalla *class fund* è inadeguata a scoraggiare un impatto finanziario sfavorevole sulla classe.

Questi fattori che influiscono sui procedimenti relativi ai *damage class action settlements* hanno contribuito al diffondersi di offerte conciliative abbastanza dubbie, come i "*coupon settlement*", che erano molto utilizzati negli anni novanta⁷⁴. Invece che restituire risarcimenti compensatori ai membri della classe, questi *settlement* assegnavano ai membri della classe alcuni *coupon* che consentivano di ottenere futuri sconti su servizi o beni offerti dal *defendant*. Logicamente, i *defendant* guardavano con favore questi *coupon settlement*, per varie ragioni, non da ultima la circostanza per la quale la percentuale di recupero ottenuta con i *settlement coupon*

⁷³ Cfr. MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH al § 13.24.

⁷⁴ Cfr. in generale J. Brendan Day, Comment, *My Lawyer Went to Court and All I Got Was This Lousy Coupon! The Class Action Fairness Act's Inadequate Provision for Judicial Scrutiny Over Proposed Coupon Settlements*, 38 Seton Hall L. Rev. 1085 (2008); Steven B. Hantler & Robert E. Norton, *Coupon Settlements: The Emperor's Clothes of Class Actions*, 18 Geo. J. Legal Ethics 1343 (2005); Christopher R. Leslie, *The Need to Study Coupon Settlements in Class Action Litigation*, 18 Geo. J. Legal Ethics 1395 (2005); Christopher R. Leslie, *A Market-Based Approach to Coupon Settlements in Antitrust and Consumer Class Action Litigation*, 49 U.C.L.A. L. Rev. 991 (2002).

fosse solitamente molto bassa. Inizialmente, i *coupons* ottenuti in questi *settlement* avevano un uso limitato e non erano trasferibili, circostanza che fece sorgere dubbi attorno all'utilità tali *coupons*. I *coupon settlement* generarono un autentico pandemonio di critiche tra gli oppositori delle *class action*,⁷⁵ e, infine, condussero alla previsione legale⁷⁶ contenuta nel *Class Action Fairness Act* del 2005, che ne limita l'impiego.

Altri dilemmi etici, che possono segnare la condotta degli avvocati, emergono contestualmente ai procedimenti di conciliazione delle *damage class actions* previste nella *Rule 23 (b)(3)*. Siccome la *Rule 23 (b)(3)* rende possibile l'esistenza di membri della classe con pretese o interessi eterogenei, i legali della classe devono garantire l'adeguata rappresentanza degli interessi di tutti i membri della classe. La Corte Suprema in *Amchem* e *Ortiz* ha stabilito in modo conclusivo che i rappresentanti della classe non possono rappresentare contemporaneamente membri della classe con interessi in conflitto. Perciò, i legali devono garantire la tutela prevista dal *due process*, il che può avere come conseguenza l'obbligo di creare sottoclassi con legali indipendenti.

Oltre ai problemi etici derivanti da possibili conflitti di interesse e dalle modalità di determinazione del compenso degli avvocati, le *class litigation* sollevano anche problemi di una certa complessità in merito agli eventuali limiti a cui assoggettare le comunicazioni consentite tra i membri della classe⁷⁷ o alla disciplina di eventuali accordi che impediscano al legale della classe di accettare successive rappresentanze⁷⁸, o, ancora, in merito alla situazione in cui non vengano fatte offerte ai *class representatives*.⁷⁹

Di fronte a queste tensioni inerenti alla proposizione dei *class action settlement*, molti commentatori hanno sostenuto che la questione etica principale consista nella domanda: "Chi controlla i controllori della classe?". La Corte Suprema federale e le altre corti federali hanno individuato la risposta a questa domanda nel requisito dell'adeguata rappresentanza, in particolare nel corso del procedimento conciliativo.

⁷⁵ Cfr. in generale, Christopher R. Leslie, *The Need to Study Coupon Settlements in Class Action Litigation*, 18 *Geo. J. Legal Ethics* 1395 (2005).

⁷⁶ Discusso *infra* alle nn. 138 – 148.

⁷⁷ Cfr. *MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH* (2004) ai §§ 13.24, 21.3, 21.6.

⁷⁸ Cfr. *MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH* (2004) al § 13.24.

⁷⁹ *Ibidem*.

5. Le forze che incidono nella negoziazione di un *settlement*

Le parti coinvolte in una *class litigation* possono cercare di raggiungere un *settlement* in ogni momento nel corso dello sviluppo della controversia. Il *defendant* o i *defendants* tipicamente determinano la possibilità di negoziare accordi conciliativi, e questo nonostante i *plaintiffs* normalmente cerchino di raggiungere un *settlement* all'inizio della controversia.

La decisione del *defendant* di procedere alla conciliazione della *class action* dipende da una molteplicità di fattori, commerciali, legali o strategici. Il legale della difesa, in consultazione con il proprio cliente, cercherà di giungere ad una decisione razionale per determinare se è nell'interesse del cliente continuare la *litigation* o conciliare la *class action* pendente, e tale decisione implica perlopiù valutazioni di tipo economico. Tale valutazione includerà l'analisi delle pretese della classe, dei costi di transazione che deriverebbero dallo sviluppo delle proprie difese, e la valutazione del rischio derivante dal continuare il processo rispetto a conciliare le pretese della classe. Inoltre, l'analisi del *defendant* della strategia di conciliazione da perseguire, comprende fattori, benché meno tangibili, comunque esistenti, come il valore reputazionale e la buona fede. Il *defendant* può scegliere di conciliare una *class action* abbastanza in fretta per evitare la pubblicità negativa dei prodotti dell'impresa, diffusa dai *media* e difficilmente recuperabile e per preservare la reputazione di integrità dei propri prodotti nel mercato.

Il ruolo del legale della difesa nella conciliazione sarà per larga parte determinato dalla decisione del cliente di conciliare la controversia, invece che proseguirla. La decisione di conciliare la *class action* è una decisione del cliente e non dell'avvocato⁸⁰. Inoltre, chi ha assicurato o ri-assicurato il cliente potrebbe giocare un ruolo nella decisione di procedere con la conciliazione perché la propria vulnerabilità a responsabilità ulteriori rispetto alla copertura della pretesa costituisce un altro motivo di attenzione nella valutazione attorno a se procedere o meno ad una conciliazione per tutta la classe.

Quando il *defendant* decide di conciliare, invece che continuare la controversia, tipicamente avrà alcuni valori-guida – influenzati dalla propria copertura assicurativa – che derivano dalla sua volontà di conciliare

⁸⁰ Questo è previsto da tutti i codici di responsabilità professionale. Questa regola relativa ai *class action settlements* è la stessa per le controversie tradizionali, quando cioè la decisione di conciliare è unicamente del cliente e non dell'avvocato.

le pretese della classe. Questo insieme di valori-guida orienteranno le sue negoziazioni nel corso della conciliazione, così come quelle del *plaintiff*.

I *defendant* possono avere approcci differenti al *settlement* nelle *class litigation*. Alcuni *defendant* non hanno alcuna *settlement philosophy*, ed in tal caso si opporranno aggressivamente alla *class certification* e procederanno con la *discovery* e, infine, con il *trial*, relativamente a tutta la classe. Altri preferiscono invece conciliare l'intera *class litigation* in tempi molto brevi, soprattutto quando il *defendant* è convinto che la controversia consista in una causa di disturbo o di aggressione (*nuisance* o *strike suit*) che possa essere conciliata facilmente con i *plaintiffs*. Tra questi due approcci estremi, i *defendants* potrebbero scegliere di contestare aggressivamente la *class certification* e aspettare la decisione della corte. Se la corte concede la *certification*, il *defendant* potrebbe a qual punto cedere ed entrare nelle negoziazioni sul *settlement*.⁸¹

Il momento in cui le parti scelgono di entrare nelle negoziazioni sul *settlement* può avere conseguenze per il *settlement* stesso. Come già osservato in precedenza, un pronto e rapido *settlement* può risultare efficace per il rappresentante della classe e il *defendant*, ma potrebbe anche risultare in un accordo non conveniente per i *class members*. Se il rappresentante della classe riesce a convincere la corte a concedere la *certification* alla classe, il bilanciamento strategico si sposta rapidamente a favore del *plaintiff* e a svantaggio del *defendant*. Come già indicato, la decisione della corte di concedere la *certification* alla classe effettivamente esercita, su molti *defendant*, una pressione enorme a conciliare la causa.⁸²

Comunque, alcuni *defendant* potrebbero scegliere di non entrare nelle negoziazioni dopo che la corte ha concesso la *certification*, decidendo invece di proseguire con la *discovery* e lo sviluppo della controversia. Se le parti procedono con la *discovery*, il procedimento relativo fornirà alle parti stesse ulteriori informazioni sui punti di forza o di debolezza delle posizioni rispettive.

Se la *discovery* condotta dal *plaintiff* riesce a far emergere elementi

⁸¹ Come già osservato, un *defendant* può anche, quanto una corte concede la *certification* ad una *class action*, scegliere di contestare tale determinazione attraverso un *interlocutory appeal*. Se l'appello ha successo, il *plaintiff* con ogni probabilità rinuncerà a proseguire la propria azione. D'altro canto, se il giudice dell'appello conferma la *certification*, il *defendant* potrebbe acconsentire di cominciare le negoziazioni funzionali al raggiungimento del *settlement*, oppure cominciare la *discovery*.

⁸² Comunemente chiamato "*settlement blackmail*" in dottrina e in giurisprudenza.

utili alla ricostruzione fattuale del caso favorevole alla classe (compresa la testimonianza di esperti), questo suggerirà al *defendant* di conciliare la controversia e collocherà il *plaintiff* in una posizione privilegiata nelle trattative. Viceversa, se le difese del *defendant* sono dotate di forza, questo ostacolerà il raggiungimento di un *settlement* e collocherà il *defendant* in una posizione favorevole nelle trattative. Se entrambe le ricostruzioni fattuali si dimostrano poco convincenti, questo potrebbe suggerire di entrare comunque nelle negoziazioni verso il *settlement*, anche se con un atteggiamento più “debole”.

A parte valutazioni di tipo temporale, una molteplicità di fattori influenzerà la classe e il legale della difesa nel decidere se e a quali condizioni conciliare. I fattori che incidono nella decisione di conciliare una *class litigation* sono gli stessi che influenzano tale scelta in una controversia di tipo tradizionale, sebbene l'ordine di grandezza di tali fattori aumenta esponenzialmente nella *class litigation*. In breve, ciò che risulta essere in gioco in una *class litigation* è molto di più rispetto a quanto è in gioco nelle controversie tradizionali. L'aumentare del valore di ciò che si rischia esercita una pressione formidabile su entrambe le parti spingendole a negoziare un *settlement* ragionevole.

Pertanto, i legali di entrambe le parti considereranno la dimensione e la dispersione geografica della classe e la natura delle pretese sottostanti. Le parti valuteranno le pretese rispettive e tenteranno di stimare il costo di tali pretese, comprese le *injunctive relief* e i *compensatory damages*. Se il legale della classe ha chiesto la corresponsione di danni punitivi come elemento della pretesa, le parti in causa analizzeranno la probabile vulnerabilità a tali danni e la valutazione di tali danni. Le parti cercheranno anche di determinare quale legge dovrebbe applicarsi alle pretese e in alcuni tipi di *class action*, come le azioni di responsabilità per prodotti su scala nazionale, i problemi dell'applicabilità della legge complicano la risoluzione dell'azione.

I legali valuteranno anche i costi di transazione relativi alla conciliazione della controversia in momenti diversi, inclusi i costi e le spese per proporre *interlocutory appeals*, svolgere la *discovery* e procedere con il *trial*. La *discovery* è probabilmente l'elemento più costoso delle controversie negli Stati Uniti, comprendendo attività come interrogatori, produzione di documenti, esami fisici e mentali, e ispezioni di luoghi. Nelle *class litigation* di notevoli dimensioni, la prospettiva di significative spese per la *discovery* potrebbe indurre entrambe le parti della controversia a cercare di raggiungere un *settlement* che eviti loro di sopportare tali spese.

Nel decidere se conciliare una *class action*, le parti valuteranno, inoltre, considerazioni relative al foro, come il luogo del possibile processo, l'atteggiamento della giuria in casi analoghi, la probabilità di successo nel merito delle pretese della classe se la causa raggiunge il *trial*, l'attitudine del giudice, l'esperienza e l'abilità del legale avversario. La corte, ad un certo punto nel corso della causa, potrebbe ordinare alle parti di adoperarsi verso una possibile conciliazione. Se tale conciliazione non ha successo, il relativo procedimento avrà però indicato alle parti della contesa la posizione negoziale della controparte, con i punti di forza o di debolezza relativi nonché il rispettivo livello di accettabilità di un compromesso. Il legale potrebbe cercare di valutare il comportamento passato della corte adita nel gestire la conciliazione di *class action* e le previsioni sostanziali dei *settlement* precedentemente raggiunti nel contesto della particolare giurisdizione a cui la causa è soggetta.

Quando le parti decidono di negoziare, tentando di conciliare la classe, la loro posizione potrebbe essere significativamente cambiata. È generalmente riconosciuto che quando un *defendant* decide di conciliare una *class action*, il suo obiettivo è quello di raggiungere l'obiettivo che viene normalmente chiamato "global peace". Il termine "global peace" designa la situazione per la quale i *defendant* ottengono un giudizio finale vincolante esteso per tutta la classe tanto da poter escludere che successive cause individuali possano avere ad oggetto le stesse pretese della classe. Inoltre, i *defendant* cercano di impedire qualsiasi ulteriore *class action* relativa alle stesse pretese.

Per raggiungere questo obiettivo molti *defendants* spesso preferiscono e insistono che, nel negoziare il *settlement*, l'intera *class action* venga conciliata come una *mandatory class action*; cioè, in applicazione della Rule 23(b)(1) o (b)(2). Come già osservato, il giudizio relativo a tale *settlement class* è obbligatorio e vincolante per tutti i membri della classe, e, cioè, impedisce a qualsiasi *class member* di agire, in futuro, nei confronti del *defendant*. I legali di imprese non vedono di buon occhio i *class settlements* disciplinati dalla Rule 23(b)(3), che permette ai *claimant* di esercitare l'*opt-out* e, pertanto, di continuare a coltivare giudizi individuali.

L'insistenza dei *defendant* nel raggiungere il *settlement* attraverso una *mandatory class action* crea alcuni problemi nella strutturazione di *class settlements*, in particolare quando la classe esercita un'azione per il risarcimento dei danni, in tal caso dovendo ottenere la *certification* a norma della Rule 23(b)(3). Pertanto, la forma strutturale dell'accordo conciliativo e la *category* entro la quale tale accordo viene ricondotto e rispetto

alla quale viene chiesta l'approvazione del giudice, sono spesso punto di acceso conflitto nelle negoziazioni che dovranno condurre al *settlement*.

A conseguenza di ciò, non è infrequente per il legale di una classe esercitare originariamente un'azione nell'ambito della *Rule 23(b)(3)*, ma poi accordarsi per conciliare l'azione nell'ambito della *Rule 23(b)(1)* o (b)(2). Questo tipo di concessione fa sorgere alcune complicazioni nei casi in cui le parti della conciliazione cercano di ottenere la *certification* di una *damage class action* nell'ambito della *Rule 23(b)(1)* o (b)(2). Siccome la corte concede la *certification* alla *settlement class* nel decidere in merito all'approvazione finale dell'intero *settlement*, le caratteristiche strutturali di quest'ultimo possono causare problemi interpretativi nel momento in cui si decide in merito all'approvazione finale del *settlement*.

Inoltre, il desiderio del *defendant* di raggiungere la “*global peace*” attraverso una *settlement class* spesso emerge chiaramente nell'insistenza del *defendant* sull'inserimento, nell'accordo conciliativo, di certi tipi di previsioni, che siano idonee a “isolare” il *defendant* da azioni o responsabilità future. Molte di queste disposizioni si sono dimostrate controverse negli attuali *class action settlements*. Tra queste: (1) completa e “globale” rinuncia a qualsiasi pretesa collegata con la *class litigation*; (2) rinunce alle *class action* (*class action waivers*) e (3) disposizioni “sull'esplosione” (“*exploding*” *provisions*). Una *class action waiver* funziona fondamentalmente come limite che impedisce ai *class claimants* di agire nei confronti del *defendant* in una *class action* successiva. Le “*exploding provisions*” prevedono che se una certa percentuale di *class members* esercita l'*opt-out*,⁸³ allora l'intero accordo conciliativo “esplode” ed è invalidato.

Oltre che al *format* strutturale nel quale la classe sarà conciliata, tutte le parti della conciliazione sono interessate alla natura e alla portata dei *settlement remedies*. A questo scopo, i *defendant* sono ovviamente interessati a limitare la portata della loro vulnerabilità nei confronti della classe, mentre i legali della classe hanno un interesse contrario ad ampliare quanto viene ottenuto dalla classe. A questo proposito, i *plaintiffs* possono vedere con favore un fondo di compensazione dei danni, un fondo per i *punitive damages*, o alcune forme di *injunctive relief* che possano essere valutati in termini monetari. Tali misure reali dei danni aiuteranno

⁸³ La percentuale che metterebbe a rischio o “farebbe esplodere” il *settlement* è tipicamente base, e normalmente il 10% o più dei membri della classe devono esercitare l'*opt-out*.

il legale della classe a giustificare la richiesta di una parcella calcolata sul valore dell'intera conciliazione.

Per altro verso, i *defendants* spesso insisteranno di poter concedere equivalenti non-monetari, come i *coupon settlements* o degli *injunctive relief*, in virtù dei quali il *defendant* sarebbe obbligato a modificare o cambiare un certa linea di condotta. Inoltre, i *defendants* hanno interesse ad avere a disposizione fondi non reclamati in *settlement* monetari, e talvolta cercano di ottenere che tali fondi vengano loro restituiti, o che venga concessa una *cy press reversion* di tali fondi a favore di organizzazioni di beneficenza. Le parti della conciliazione potrebbero avere un interesse nel designare dei beneficiari *cy press* o potrebbero accordarsi per affidare tale designazione alla discrezione della corte. Infine, tutte le parti hanno interesse a determinare a quale parte verranno allocati i costi relativi al pagamento delle parcelle degli avvocati, e le spese relative all'esecuzione del *settlement*, inclusi i costi per le notifiche, le spese per la gestione delle pretese, i costi dei venditori privati o di specialisti. Queste questioni sono soggette a negoziazione e i relativi costi possono rimanere a carico dell'intera classe, o essere trasferiti in capo ai *defendants*.

6. Attori e altri fiduciari coinvolti nel procedimento di *settlement*.

Un buon numero di partecipanti diversi sono coinvolti nel *settlement process* e molti svolgono il ruolo di *fiduciaries*, cioè di guardiani o protettori degli interessi dei membri della classe assenti. Tra i partecipanti che possono essere coinvolti nel *class action settlement* ci sono (a) i legali del *plaintiff* e della difesa (b) i rappresentanti della classe, che sono nominalmente i *plaintiffs*, (c) i *judicial magistrates* o *special masters* (d) il giudice che presiede, (e) gli *objectors*, (f) agenzie governative, (g) i *commercial notice* e *settlement administration vendors*. Oltre a questi partecipanti, possono essere utilizzati dei testimoni esperti per assistere alla formulazione del contenuto del *settlement*, o per fornire prova testimoniale a supporto dell'approvazione finale del *settlement* proposto.

(a) Il ruolo del legale della classe e della difesa

Il legale della classe e la sua controparte della difesa svolgono un ruolo centrale nella negoziazione del contenuto del *settlement*. Il legale della classe è vincolato al dovere e alla responsabilità professionale di rappresentare zelantemente (*zealously*) gli interessi della classe, e alcune corti

hanno suggerito che, siccome le *class action* sono delle *representational litigation*, il legale della classe ha un dovere fiduciario nei confronti dei membri della classe assenti⁸⁴. Comunque, i membri della classe assenti non sono le vere parti della controversia, e la dottrina non è molto chiara nella determinazione di chi è il cliente, in particolare prima che alla classe venga formalmente concessa la *certification* dalla corte. Una prima ipotesi suggerisce che gli avvocati rappresentino solo i singoli *class representatives* prima che venga concessa la *certification* (secondo il principio per cui non c'è nessuna classe finché la corte non concede la *certification* alla classe). Un'ulteriore ipotesi suggerisce che i doveri fiduciari del legale della classe nei confronti della classe sorgono nel momento in cui l'avvocato deposita il "*complaint*" nella forma di *class action*.

La determinazione di chi sia il cliente in una *class action*, e di quando si diventi un membro della classe e, come tale, titolare del diritto a ottenere una rappresentanza continua e zelante (*undiluted* e *zealous*) ha una diretta rilevanza nella determinazione degli obblighi dell'avvocato nel contesto del *settlement*. Questa determinazione è particolarmente difficile nelle situazioni in cui la corte non concede la *certification* fin dall'inizio della controversia (o la concede provvisoriamente), ma ne rinvia la decisione finale a quando le parti hanno raggiunto il *settlement*. In questo scenario, in dottrina si è argomentato che, in assenza di una classe dotata di *certification*, i legali della classe non hanno clienti all'interno della classe e pertanto possono negoziare senza i vincoli derivanti dai doveri imposti attraverso la *class certification*.

Benché vi siano opinioni diverse, sembra prevalere, tra le corti, l'idea che il rapporto avvocato-cliente tra il legale e i membri della classe si instauri quando la controversia viene classificata come *class action*. In quel momento, sorgono i doveri e gli obblighi di *zealous representation* degli interessi dei membri della classe assenti. Nel contesto dei *class action settlements*, questi doveri includono l'ottenimento di una conciliazione che abbia il contenuto più favorevole per l'intera classe. Un principio consolidato relativo alle *class action* vieta al legale della classe di trattare tra loro gli interessi dei membri della classe, o di negoziare un contenuto meno favorevole per alcuni segmenti della classe. Inoltre il legale della classe non può negoziare termini migliori per i veri *class representatives*, anche se è possibile assegnare un bonus nominale a loro.

⁸⁴ MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) al § 21.541 ("*The Role of Class Counsel in Settlement*").

Nonostante il legale della classe sia vincolato ad un dovere di responsabilità professionale di negoziare le condizioni più favorevoli per l'intera classe nelle trattative sulla conciliazione, la spinta inerziale degli interessi personali compromette significativamente tale dovere. Come già osservato, l'interesse degli avvocati a massimizzare le proprie parcelle e contemporaneamente minimizzare il lavoro e i costi di transazione, spesso incoraggia i legali della classe a raggiungere velocemente il *settlement* e a condizioni meno vantaggiose per l'intera classe. Inoltre, una volta che il *defendant* ha segnalato il proprio interesse nel conciliare la classe, il legale del *plaintiff* potrebbe volontariamente concedere alcune condizioni del *settlement* particolarmente favorevoli al *defendant*, come rilasci, *waivers*. E, come già osservato, il legale della classe potrebbe accettare le richieste del *defendant* di conciliare la classe come *mandatory*, anche nel caso in cui non sarebbe possibile ricondurre quel tipo di *settlement* a tale *category*.

A differenza del legale della classe, il legale della difesa non ha nessuna relazione fiduciaria con i membri assenti della classe. Ciò nonostante, nella dinamica della *class litigation*, l'interesse personale del *defendant* spesso consente di inserire, nel testo del *settlement* alcune disposizioni utili a proteggere gli interessi dei membri della classe. Uno degli obiettivi principali del *defendant* – oltre a raggiungere la “*global peace*” – è quello di assicurare che il *class settlement* sia definitivo, vincolante e “*insulated*” da futuri “*collateral attack*”. Per assicurare l'invulnerabilità del *class settlement*, allora, è nell'interesse del *defendant* che venga accordata la protezione garantita dal *due process* ai membri della classe assenti. Questo significa che un *defendant* cauto si vorrà assicurare che l'adeguatezza della rappresentanza degli interessi dell'intera classe è realizzata sia dal legale della classe che dai *class representatives*, e che, inoltre, sia fornita ai membri della classe assenti adeguata comunicazione e opportunità di intervento. Inoltre, il legale della difesa si assicurerà, anche, che venga garantita, durante tutto il procedimento di approvazione del *settlement*, l'equità procedurale e sostanziale del processo.

b) Il ruolo dei *class representatives*

I *class representatives* sono le parti nominali della controversia. Sebbene è possibile che ci sia una sola persona che assume il ruolo di *class representative*, nelle maggior parte delle *class action* ne vengono nominati diversi. I *class representatives* svolgono il ruolo di fiduciari degli interessi dei membri della classe assenti, e devono proteggere i *class members* dalla

possibilità di collusione o *self-dealing* nel comportamento degli avvocati⁸⁵. Prima che una *class action* possa ottenere la *certification*, la corte deve valutare se i *class representatives* possano rappresentare adeguatamente gli interessi dei membri della classe assenti.

Se una classe ottiene la *certification* fin da subito, la corte valuterà l'adeguatezza del *class representative* cercando di capire se questi conosce e capisce la natura delle *class litigation*, il proprio ruolo di protezione degli interessi dei membri della classe assenti, nonché la volontà e abilità di quest'ultimo di realizzare tali obiettivi e nonché i propri obblighi nei confronti della classe. Inoltre, la corte deve valutare se il *class representative* ha l'abilità di agire indipendentemente dal legale della classe, e di supervisionare l'attività decisionale di quest'ultimo nello sviluppo della controversia. La corte valuterà altresì se il *class representative* ha qualche conflitto di interesse con i membri della classe assenti⁸⁶.

La valutazione della corte sui rappresentanti della classe diventa più complicata quando la classe non ottiene la *certification* all'inizio del processo, ma, invece, nel momento in cui il testo del *settlement* viene sottoposto all'approvazione del giudice. In questa situazione, la corte deve svolgere una determinazione retroattiva di come i *class representatives* hanno adempiuto ai loro doveri nella protezione dei membri della classe assenti, e se si sono fatti coinvolgere nel *self-dealing* con gli avvocati. La corte valuterà l'adeguatezza dei *class representatives* nell'udienza destinata all'approvazione definitiva del *settlement*, valutando eventuali testimonianze e prove in merito al ruolo dei *class representatives* nella controversia e nella redazione del *settlement*.

In realtà, i *class representatives* svolgono un ruolo modesto nei *class actions settlement process*. In alcuni casi, il legale della classe non consulta nemmeno i *class representatives* nel corso del procedimento di negoziazione del *settlement*, e, quindi, i *class representatives* non sono altro che le parti-nominali e simboliche del *settlement* e del processo. Più frequentemente, però, la maggior parte dei legali della classe comunica, pur in misura diversa, con il *class representative* nel corso delle negoziazioni e, talvolta, cerca di tenere informati i *class representatives* sullo sviluppo delle negoziazioni. Essendo i *plaintiffs* e i clienti nominali della *litigation*, i *class representatives* devono acconsentire al *settlement*.

⁸⁵ *Ibidem.* al § 21.642 (“*Role of the Class Representative in Settlement*”).

⁸⁶ Cfr. Nancy Morawetz, *Bargaining, Class Representation, and Fairness*, 54 Ohio St. L. Rev. 13 (1993).

Sebbene i *class representatives* siano i fiduciari degli interessi dei membri della classe assenti, non è certo che essi abbiano l'abilità o la conoscenza necessaria per proteggere tali interessi. Davvero pochi avvocati coinvolgono i *class representatives* attivamente nello sviluppo della controversia o nelle negoziazioni conciliative. Invece, le condizioni alle quali viene raggiunto il *settlement* vengono presentate come *fete accompli*, che devono solo essere spiegate ai clienti. Così, il ruolo di fiduciari dei *class representatives* spesso rimane più un'aspirazione teorica che un fatto realizzato.

c) Il ruolo dei *Judicial Magistrates* o *Special Masters*

In aggiunta ai *district judges*, il sistema di giustizia federale prevede un sistema di *magistrate judges* per la gestione di alcuni tipi di causa in materia civile o penale⁸⁷. Uno degli obbiettivi del *magistrate system* è di consentire ai *federal judges* di non occuparsi di controversie di *routine* e ripetitive che potrebbero essere gestite, invece, da un *magistrate judge*. L'attribuzione ai *magistrates* di tale tipo di controversie consente, inoltre, di incrementare l'attività dei *federal judges* nelle materie più complesse.

Nelle *complex litigations*, i *judge magistrates* spesso assistono i *district judges* in alcuni aspetti del processo, come l'attività *pre-trial*, la definizione dei *pleadings* e la *discovery*. Nelle *class action*, il *district judge* può prevedere che il *magistrate* svolga accertamenti preliminari attorno alla richiesta di *certification*. Inoltre, il *federal judge* può richiedere che il *magistrate* si incontri e conferisca con le parti per supervisionare le negoziazioni conciliative⁸⁸.

Quando il *federal judge* ha coinvolto dall'inizio il *magistrate* in una *class litigation*, quest'ultimo spesso raggiunge una conoscenza profonda delle parti della contesa, della natura e della forza delle loro pretese, dei rischi implicati dalla controversia e della posizione delle parti rispetto al *settlement*. In questo modo, il *magistrate* si trova in una buona posizione per mediare un *settlement* tra le parti e contribuire alla elaborazione della proposta conciliativa da presentare alla corte per l'approvazione finale.

⁸⁷ Cfr. 28 U.S.C. § 636(b)(1); Fed. R. Civ. P. 53(f) and Fed. R. Civ. P. 72. Cfr. anche il MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) al § 11.53.

⁸⁸ *Ibidem.* al § 21.644 (“*Role of Special Magistrate Judges, Special Masters, and Other Judicial Adjuncts in Settlement.*”).

In alcune circostanze, il giudice dispone che il *magistrate* valuti una approvazione preliminare del *settlement*.

Ad ogni modo, comunque, è il *federal judge* a condurre l'udienza sull'equità (*fairness hearing*) e emettere l'*order* sull'approvazione del *settlement*. Ma, nell'ambito del loro ruolo di ufficiali giudiziari che controllano alcune porzioni della *class litigation*, anche i *magistrates* svolgono la funzione di *fiduciaries* a protezione degli interessi dei membri assenti della classe.

Le *Federal Rules of Civil Procedure* prevedono anche la possibilità di nominare esperti speciali (*special masters*)⁸⁹. Gli *special masters* sono esperti in un'area specifica nominati dalla corte, a cui viene generalmente assegnato un compito preciso⁹⁰, dello svolgimento del quale devono redigere un *report*.⁹¹ I giudici talvolta nominano degli *special masters* affinché li assistano durante lo sviluppo del *class action settlement*, in particolare nei casi in cui il *settlement* richiede la realizzazione di un compito specifico come la redazione di un bilancio o di un modello di determinazione del danno. Gli *special masters* tipicamente consultano le parti per ottenere le informazioni necessarie per raggiungere il loro compito.

d) Il ruolo del giudice

Nelle *class action litigation*, il giudice svolge il ruolo di guardiano agiuntivo degli interessi dei membri della classe assenti e protegge i membri della classe dal *self-dealing* degli avvocati e dalla possibile collusione con i *defendants*.⁹² Il giudice, quindi, costituisce il baluardo primario di garanzia della bontà degli accordi conciliativi⁹³. Come già osservato, la *rule* sulle *class actions* (e i precedenti che la interpretano) indica ai giudici una molteplicità di criteri per assicurare ai membri della classe assenti la protezione derivante dal *due process*.

Perciò, la partecipazione del giudice fin dall'inizio della *class litigation* costituisce una misura importante per assicurare la possibilità di una sua

⁸⁹ Fed. R. Civ. P. 53; Cfr. anche MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) ai §§ 11.52 and 21.644.

⁹⁰ [•]

⁹¹ Fed. R. Civ. P. 53(b), (f).

⁹² MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) al § 21.61 ("*Judicial Role in Reviewing a Proposed Class Action Settlement*").

⁹³ Cfr. Jack B. Weinstein & Karin S. Schwartz, Notes From the Cave: Some Problems of Judges in Dealing With Class Action Settlements, 163 F.R.D. 369 (1995).

effettiva supervisione nel corso dell'intera controversia. Il procedimento di *class certification* è un ulteriore strumento attraverso il quale il giudice può valutare l'adeguatezza della rappresentanza all'inizio della controversia⁹⁴. La supervisione giudiziale delle comunicazioni tra i *class members* è un altro strumento per controllare o sanzionare tattiche abusive a danno della classe⁹⁵.

Il giudice gioca un ruolo sostanziale nell'assicurare la protezione accordata dal *due process* ai membri assenti della classe attraverso l'applicazione dei requisiti della *Rule 23(e)*⁹⁶, che si riferisce ai *class settlement*. Nessuna *class action* può essere conciliata, fatta oggetto di un compromesso o di una rinuncia, senza l'approvazione della corte. Come dirò a breve, la proposta di *settlement* deve essere valutata durante il *fairness*

⁹⁴ Fed. R. Civ. P. 23(a)(1) – (4).

⁹⁵ Cfr. in generale, *Gulf Oil Co. v. Bernard*, 452 U.S. 89 (1981) che definisce le comunicazioni permesse tra i *class members*; *Kleiner v. First Nat'l Bank*, 751F.2d 1193, 1209-11 (11th Cir. 1985); i *defendants* violarono l'*order* della corte che limitava le comunicazioni con il *class members* e, di conseguenza, la stessa corte irrogò sanzioni contro i legali della difesa; MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) ai §§ 21.322-23 and 21.33 che sono le sezioni che si occupano dei problemi relativi alle comunicazioni con i membri della classe prima o dopo la *class certification*).

⁹⁶ Fed. R. Civ. P. 23(e), che stabilisce:

“(e) *Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise. The claims issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise:*

(1) *The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal.*

(2) *If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, adequate, and reasonable.*

(3) *The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in conjunction with the proposal.*

(4) *If the class action previously was certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so.*

(5) *Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval.”*

Si noti come le previsioni della *Rule 23(e)* si applicano soltanto alle classi a cui è stata concessa la *certification*, ma non a quelle che sono state già formalmente esercitare (*filed*) ma a cui non è ancora stata concessa la *certification*. Pertanto, i legali dei *plaintiff*, potrebbero ritirare la *class action*, senza l'approvazione da parte della corte prima che alla stessa sia stata concessa la *certification*; e neanche le altre previsioni contenute nella *Rule 23(e)*, come i requisiti sulla notifica, non sono applicabili.

hearing davanti al giudice⁹⁷. Il giudice deve determinare, in base alle prove assunte, se può concedere la *certification* per l'approvazione finale, e se il contenuto del *settlement* è equo, adeguato e ragionevole (*fair, adequate and reasonable*)⁹⁸.

Alcuni giudici federali partecipano, in varie modalità, alle negoziazioni che conducono al *settlement*, al fine di assistere alle trattative funzionali al raggiungimento della conciliazione⁹⁹. Il grado del coinvolgimento giudiziale dipende dall'atteggiamento del singolo giudice, e alcuni *federal judges* svolgono un ruolo più attivo, rispetto ad altri giudici, nel determinare il contenuto del *settlement*. In rari casi, alcuni *federal judges* hanno anticipato alle parti, per indurle al *settlement*, la loro potenziale decisione sul merito delle pretese e delle difese¹⁰⁰. Comunque, un tale grado di coinvolgimento nelle negoziazioni conciliative è controversor e non rappresenta la regola di comportamento tra i *federal judges*.¹⁰¹

e) Il ruolo degli oppositori (*objectors*)

Gli *objectors* al *class settlement* spesso svolgono un ruolo importante di tutela degli interessi degli *absent class members*.¹⁰² Esistono vari tipi di

⁹⁷ Fed. R. Civ. P. 23(e)(2). Prima del 2003, non esisteva nessun requisito relativo al *fairness hearing*. La modifica che ora impone che tale udienza venga tenuta è stata introdotta dalla riforma del 2003. Nella pratica giudiziaria, molte corti normalmente svolgevano dei *fairness hearing* prima di decidere in merito all'approvazione della proposta di *settlement*.

⁹⁸ Fed. R. Civ. P. 23(e)(2). Le corti federali hanno articolato diversi *standard* per orientare la decisione delle corti in merito alla "equità, adeguatezza e ragionevolezza" del *settlement*. Pertanto, questi *standard*, possono cambiare da corte a corte.

⁹⁹ Cfr. MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) al § 13.11.

¹⁰⁰ Cfr. *ibidem*.

¹⁰¹ Cfr. D. Marie Provine, SETTLEMENT STRATEGIES FOR FEDERAL DISTRICT JUDGES 28 (Federal Judicial center 1986).

¹⁰² See generally Edward Brunet, *Class Action Objectors: Extortionist Free Riders or Fairness Guarantors*, 2003 U. Chi. Legal F. 403 (2003); Theodore Eisenberg & Geoffrey Miller, *The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, 57 Vand. L. Rev. 1529 (2004); Robert B. Gerard & Scott A. Johnson, *The Role of the Objector in Class Action Settlements: A Case Study of the General Motors Truck "Side Saddle" Fuel Tank Litigation*, 31 Loy. L. A. L. Rev. 409 (1998); Note, *The Professional Objector and Revised Rule 23: Protecting Voice Rights While Limiting Objector Abuse*, 24 Rev. Litig. 609 (2005); cfr. anche MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) al § 21.643 ("*Role of Objectors in Settlement*").

objectors che possono partecipare al procedimento di conciliazione. La *Rule 23(e)(5)* indica specificatamente che qualsiasi membro della classe possa opporsi alla proposta conciliativa nel caso in cui per l'approvazione del *settlement* debba essere applicata la disciplina della *Rule 23(e)*. Alcuni *objectors*, allora, possono essere alcuni membri della classe che, dopo aver appreso i termini del *settlement*, mantengono un legale indipendente per svolgere obiezioni alla corte nel contesto del *fairness hearing* disciplinato dalla *Rule 23(e)*.

Oltre ai *class members*, anche soggetti estranei alla classe – cioè soggetti che non sono membri della classe – possono sollevare obiezioni rispetto alla proposta di *settlement*. Ci sono due tipi di oppositori professionisti (*professional objectors*) che compaiono frequentemente nelle *class litigations* per opporsi ad una proposta di *settlement*.¹⁰³ Un primo tipo consiste in quei gruppi che svolgono attività a tutela dell'interesse pubblico o attività di *lobbying*, e che possono avere un interesse nella controversia. Esempi di tale tipo di *professional objectors* sono entità come il *Public Citizen*, che ha assunto un ruolo di controllore pubblico dei *class action settlements*. Gruppi come il *Public Citizen* spesso sollevano una molteplicità di obiezioni alla proposta di *settlement*, inerenti al mancato rispetto del *due process* o ai termini sostanziali dell'accordo.

L'altro gruppo di "*professional objectors*" ha obiettivi meno meritori e, pertanto, una reputazione meno solida nel contesto dei procedimenti di conciliazione¹⁰⁴. Le parti della conciliazione hanno un elevato interesse a ottenere l'approvazione del loro accordo da parte della corte e, pertanto, la comparizione di *objectors* minaccia il contenuto di tale accordo. Consapevoli di ciò, alcuni *objectors* depositano obiezioni molto vaghe o deboli nella speranza di essere pagati dalle parti della conciliazione per ritirare le loro obiezioni.

Questi tipi di *objectors* sono spesso chiamati *nuisance objectors* (oppositori di disturbo)¹⁰⁵, in virtù del fatto che le parti della conciliazione spesso sono disposte a pagarli in virtù del valore di disturbo (*nuisance*

¹⁰³ *Ibidem*. (dove vengono descritti i tipi di *objectors* e i tipi di obiezioni).

¹⁰⁴ MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) al § 21.643. Il MANUAL osserva che: "A challenge for the judge is to distinguish between the meritorious objections and those advanced for improper purposes."

¹⁰⁵ Una connotazione ancora più derogatoria chiama questi *objectors* dei "bottom feeders" del *class action settlement process*.

value) delle loro obiezioni. Le parti della conciliazione possono accordarsi di pagare sottobanco gli *objectors* o prevedere un ruolo per i loro avvocati nella futura amministrazione del *settlement fund*, così garantendo un vantaggio economico per gli *objectors* stessi. Perciò, quando i *nuisance objectors* compaiono per mettere in discussione un *class settlement*, le parti della conciliazione possono sia cercare di raggiungere un accordo, o difendersi dalle loro pretese nel corso del *fairness hearing*. Questa seconda ipotesi, però, potrebbe risultare costosa e pericolosa per l'intero *settlement*.

Le corti hanno sviluppato altre regole, *standards* e procedure in relazione al ruolo degli *objectors* nei *class action settlement*. La Corte Suprema degli Stati Uniti ha ritenuto che un *objectors* non debba previamente intervenire formalmente in una *class action* per poter poi contestare il contenuto del *settlement* così come approvato dalla corte¹⁰⁶. Comunque, l'*objector* che voglia contestare il contenuto del *settlement* deve comparire al *fairness hearing* e proporre le proprie opposizioni in tale udienza¹⁰⁷.

Inoltre, le modifiche intervenute nel 2003 prevedono, ora, alla Rule 23(e) che “*The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal.*”¹⁰⁸ Questa previsione è stata aggiunta per poter affrontare il problema dei cosiddetti “accordi sottobanco” (*side deals*), che vengono raggiunti tra le parti ma non comunicati ai membri della classe o alla corte¹⁰⁹.

Presumibilmente, questa nuova previsione dovrebbe applicarsi a tutti gli accordi fatti con i *nuisance objectors*, che ottengano la rinuncia delle obiezioni di quest'ultimi prima del *fairness hearing*, in cambio del paga-

¹⁰⁶ *Devlin v. Scarletti*, 536 U.S. 1 (2002).

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Fed. R. Civ. P. 23(e)(3).

¹⁰⁹ Ci sono molti tipi diversi di accordi collaterali (*side-deals*) che possono essere oggetto di negoziazioni tra le parti di una conciliazione, ma non essere comunicati al giudice o ai membri della classe. Tipi comuni di *side-deals* comprendono i cosiddetti “*Mary Carter agreements*”, i “*sharing agreements*”, le clausole “*most-favored nation*”, e i “*tolling agreements*”. Per una descrizione di questi tipi di accordi collaterali, cfr MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) al § 13.23 (“*Side Agreements*”). Come già osservato, i problemi che derivano da questi accordi sono collegati al fatto che essi non vengono “*disclosed*” e, quindi, i membri della classe e la corte ne rimangono all'oscuro. Ora, però, tutti questi accordi vanno comunicati alla corte nel contesto del *fairness hearing*.

mento di una somma di denaro o di un ruolo “compensatorio” di amministrazione del *settlement*.

(f) Il ruolo delle Agenzie Governative (*Governmental Agencies*)

Generalmente, salvo il caso in cui sono una parte della *class action*, le agenzie governative non hanno nessun ruolo nei *class action settlement*. Comunque, sin dalla sua entrata in vigore, il *Class Action Fairness Act* del 2005 (“CAFA”) ¹¹⁰ conferisce alle agenzie governative un ruolo di supervisione, come ben indicato dalla previsione che obbliga di notificare la proposta di *settlement* a tutte le agenzie governative rilevanti ¹¹¹. Non è ancora chiaro, in virtù di tale disposizione, quali agenzie governative debbano essere informate del *settlement*. Comunque, il ruolo di supervisione si riferisce a tutte le agenzie governative dotate di poteri di regolamentazione o protezione degli interessi dei cittadini nell’ambito della giurisdizione dello stato o dell’agenzia specifica. Teoricamente, allora, i procuratori generali statali di tutti i cinquanta stati dovrebbero ricevere notifica di un *class action settlement* di estensione nazionale e, qualora il *settlement* dovesse coinvolgere questioni oggetto di regolamentazione federale, anche il procuratore generale degli Stati Uniti e il direttore della *Regulatory Agency* rilevante dovrebbero essere informati.

Inoltre, il CAFA specifica che una corte federale non possa concedere l’approvazione del *settlement* prima che siano trascorsi novanta giorni da quando il contenuto del *settlement* è stato notificato alle agenzie governative rilevanti ¹¹². In virtù di tale previsione, le agenzie governative hanno quindi una finestra temporale di tre mesi entro i quali valutare la proposta di *settlement* e, se del caso, intervenire come *objectors* nel procedimento relativo. Pertanto, il CAFA ha conferito alle agenzie governative

¹¹⁰ *Class Action Fairness Act* del 2005, Pub. L. No. 109-2, § 3, 119 Stat. 4, 5-9 (definito in 28 U.S.C. §§ 1711-1715 (2006)).

¹¹¹ *Ibidem.*, 28 U.S.C. § 1715 (“*Notifications to Appropriate Federal and State Officials*”). La *Section 1715* (a)(2) definisce un ufficiale statale competente come “*the person in the State who has primary regulatory or supervisory responsibility with respect to the defendant, or who licenses or otherwise authorizes the defendant to conduct business in the State, if some or all of the matters alleged in the class action are subject to regulation by that person.*”

¹¹² *Ibidem.*, 28 U.S.C. § 1715(d).

un ruolo di tutela e protezione dei cittadini nella loro specifica giurisdizione in relazione ai *class action settlement*. Questa disposizione contenuta nel CAFA, quindi, prevede un potente meccanismo di protezione dei membri assenti della classe nei casi di *class settlements* di grosse dimensioni.

(g) Il ruolo del *Commercial Notice* e dei *Claim Administration Vendors*

Un altro insieme importante – ma largamente sottovalutato – di partecipanti del procedimento conciliativo sono i *commercial notice* e i *settlement administration vendors*. Nelle *class litigation* di scala nazionale o di grandi dimensioni, gli avvocati raramente svolgono il compito di elaborare o distribuire le notifiche alla classe (*class notice*), o di amministrazione delle pretese che la corte approva come parte del *settlement*. Questi compiti sono svolti dai cosiddetti “venditori commerciali” (*commercial vendors*) i quali hanno sviluppato una certa competenza nello scrivere le notifiche che rispettino le previsioni legislative, così come nell’elaborare i moduli delle pretese (*claim forms*) o comporre la struttura amministrativa per gestire lo sviluppo dei *claims*.

Nel negoziare un *class settlement*, le parti della conciliazione raggiungeranno un accordo sulla natura e l’estensione della *class notice*, l’allocazione dei costi di tale notifica e quali *commercial vendors* dovrebbero occuparsene. Inoltre, le parti della conciliazione negozieranno quali *commercial vendors* si dovranno occupare dei *class remedies*.

Siccome molti accordi conciliativi nelle *class litigation* di grosse dimensioni indicano specificamente i *commercial vendors* che svolgeranno le notifiche e l’amministrazione dei *claims*, le parti normalmente scelgono tra diversi candidati. Durante il procedimento conciliativo, i *commercial vendors* possono dare suggerimenti alle parti della conciliazione in merito a come il *vendor* dovrà identificare i membri della classe e costruire un programma per realizzare le notifiche nel miglior modo possibile. I *vendors* possono anche suggerire alle parti della conciliazione modi di strutturare e implementare l’amministrazione dei *claims*.

Quando i *commercial vendors* sono coinvolti nel procedimento del *settlement*, spesso forniscono un *report* redatto da un esperto sull’amministrazione delle notifiche e dei *claims*, da allegare al materiale a supporto dell’approvazione finale del *settlement*. Al *fairness hearing* che deciderà

sull'approvazione del *settlement*, le parti presenteranno alla corte i *report* redatti dai *commercial vendors*.

(h) Il ruolo degli *Expert Witnesses*

Gli *expert witnesses* svolgono vari ruoli nel corso delle *class actions*, e alcuni di questi specificamente nel procedimento di conciliazione¹¹³. Perciò, gli *expert witnesses* possono partecipare alla redazione dell'accordo conciliativo o esprimere parere favorevole alla proposta di *settlement* durante il *fairness hearing*. Le parti della conciliazione possono chiedere che gli *expert witnesses* svolgano commenti attorno al contenuto del *settlement*, sull'idoneità a ottenere la *class certification*, sull'equità sostanziale e l'adeguatezza del contenuto dell'accordo, o sull'idoneità del programma proposto di amministrazione dei *claims* e delle notifiche. Il legale della classe può anche utilizzare un *expert witness* a sostegno della sua richiesta relativa al proprio pagamento, per convincere la corte che la sua determinazione rientra ragionevolmente nell'ambito di tipi simili di *class settlement*.

Gli *objectors* possono anche utilizzare gli *expert witnesses* per provare a fondare le loro opposizioni al contenuto del *settlement*. Inoltre – anche se si tratta di una possibilità abbastanza rara – il giudice può scegliere di nominare direttamente gli esperti perché lo assistano nella valutazione dell'equità sostanziale e procedurale del *settlement* proposto¹¹⁴.

7. Il contenuto sostanziale del *Settlement*

Gli accordi che realizzano un *class settlement* tipicamente includono una molteplicità di contenuti sostanziali e di previsioni procedurali. Siccome gli accordi conciliativi consistono in un compromesso raggiunto tra il *plaintiff* e i *defendants*, entrambe le parti influenzano il contenuto dell'accordo conciliativo.

¹¹³ Cfr. in generale, William W. Schwartz & Joe S. Cecil, *Management of Expert Evidence*, in REFERENCE MANUAL ON SCIENTIFIC EVIDENCE 39 (Federal Judicial Center II ed. 2000); MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) al § 11.48.

¹¹⁴ Cfr. Fed. R. Evid. 706; MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) al § 11.51; cfr., in generale, Joe S. Cecil & Thomas E. Willging, *Court-Appointed Experts: defining the Role of Experts Appointed Under Federal Rule of Evidence 706* (Federal Judicial Center 1993).

L'accordo conciliativo tipicamente contiene una spiegazione dei fatti oggetto della controversia e delle pretese svolte dai *plaintiffs*. Il *settlement* reciterà che le parti hanno raggiunto un accordo per conciliare la lite al fine di evitare il costo e le spese collegate alla continuazione della controversia, ma che, nel raggiungere tale accordo, il *defendant* non riconosce alcuna responsabilità per nessuno dei fatti allegati dal *plaintiff*. L'analisi descrittiva può includere una discussione bilanciata della forza o debolezza rispettiva delle posizioni di entrambe le parti della controversia (i *claims* e le *defenses*), e la valutazione dei rischi derivanti dall'eventuale controversia che hanno indotto le parti a risolvere la lite.

Il *settlement* conterrà una definizione della classe e di chi ne è membro, spesso attraverso una delimitazione temporale o indicando altre condizioni. Il *settlement* prevedrà rimedi legali o di equità, inclusi i *compensatory* o *punitive damages*. Se le parti della conciliazione si accordano per costituire un *lump settlement fund* (un fondo, cioè, che prevede la corresponsione di una somma forfettaria), l'accordo disciplinerà l'ammontare dell'indennità comune. Se il *settlement agreement* include dei rimedi *cy press*, la proposta disciplinerà la natura di tali rimedi ed il modo in cui questi ultimi dovranno essere gestiti.

L'accordo conterrà una previsione che indichi l'ammontare della parcella degli avvocati, e la chi dovrà provvedere al pagamento. Se è stata assegnata una somma *bonus* ai rappresentanti della classe, l'indicazione di tale ammontare sarà contenuta nell'accordo conciliativo.

Il *settlement* includerà la rinuncia a pretese future da parte dei membri della classe, così come altre previsioni come i cosiddetti *class action waivers*. L'accordo conterrà anche la previsione di una condizione risolutiva dell'accordo stesso per il caso in cui una percentuale determinata di membri della classe esercitino l'*opt-out*, qualora la classe debba essere ricondotta nell'ambito della *category* indicata nella *Rule 23(b)(e)*.

L'accordo conciliativo prevedrà anche la disciplina relativa alle notifiche ai membri della classe e potrà includere previsioni dettagliate non solo in relazione al contenuto di tali notifiche, ma anche attorno a come le varie notifiche devono essere svolte per soddisfare i requisiti costituzionali del *due process*. L'accordo conciliativo può anche contenere la disciplina della *claim administration*, nonché dei procedimenti ad essa connessi, così come l'indicazione di qualsiasi *commercial vendor* incaricato di svolgere le relative funzioni.

8. Le regole procedurali e gli standard che disciplinano l'approvazione giudiziale dei *settlement*

(a) Le due fasi per l'approvazione finale

Come già osservato, la *Rule 23(e)* prevede l'obbligo di approvazione giudiziale per le proposte di *class action settlement*. Lo scrutinio giudiziale delle proposte di *settlement* svolge una funzione importante nell'assicurare la protezione garantita dal *due process* ai membri della classe assenti, e nel realizzare le condizioni per ottenere un giudizio vincolante. La corte valuterà tre elementi del *settlement*: (1) se alla classe proposta può essere concessa la *certification* secondo la *Rule 23* (a) e (b); (2) se i contenuti sostanziali e procedurali del *settlement* sono equi, adeguati e ragionevoli ("*fair*", "*adequate*" and "*reasonable*"); e (3) la determinazione della parcella in favore dei legali della classe.

L'approvazione giudiziale della proposta di *settlement* consiste in un procedimento che si sviluppa in due fasi. La prima fase è una valutazione preliminare di equità, svolta dalla corte, a cui le parti devono sottoporre una proposta di *settlement* e il materiale di supporto per l'approvazione preliminare. Il giudice può richiedere che il legale fornisca le informazioni aggiuntive per valutare la proposta di *settlement*, in particolare se il *settlement* è proposto molto presto nel corso della *litigation* e c'è stato solo uno sviluppo minimo del caso¹¹⁵.

Se, dopo lo scrutinio iniziale, la corte è persuasa del fatto che alla classe possa essere concessa la *certification* e che i termini del *settlement* siano *fair*, *adequate* e *reasonable*, la corte ordina che venga data notifica formale ai membri della classe della fissazione dell'udienza prevista dalla *Rule 23(e)*¹¹⁶. La notifica del *fairness hearing* dovrebbe avvisare i membri della classe dell'opportunità a loro concessa di mantenere un'autonoma consulenza legale, di partecipare a tale udienza, o, se la classe ottiene la *certification* secondo la *category* prevista dalla *Rule 23(b)(3)*, di esercitare l'*opt-out*.¹¹⁷ Le modifiche del 2003, hanno introdotto un'ulteriore possibilità di esercitare l'*opt-out*, anche se poche corti hanno garantito un secondo *opt-out* in virtù della *Rule 23(e)(3)*¹¹⁸.

¹¹⁵ MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) at § 21.632.

¹¹⁶ *Ibidem.* al § 21.633.

¹¹⁷ V. Fed. R. Civ. P. 23(e)(1), (4), (5).

¹¹⁸ V, per esempio., *Denney v. Deutsche Bank AG*, 2006 WL 845727, al *12 (2d Cir. Mar. 31, 2006), in cui la corte negò l'opportunità di esercitare il secondo *opt-out*, come

Una volta che la notifica è stata effettuata ed è stato fissato il *fairness hearing*, la corte conduce il *fairness hearing* finale. La valutazione della corte sulla proposta di *settlement* si base, inizialmente, su quanto è stato allegato dalle parti a supporto del loro accordo¹¹⁹. In virtù delle modifiche intervenute nel 2003, le parti della conciliazione sono obbligate a far conoscere (*disclose*) alla corte tutti gli eventuali accordi collaterali, negoziati come parte del *settlement*.¹²⁰ La corte può ordinare che vengano ascoltati gli *objector* al *settlement*, nonché gli esperti nominati d'ufficio, o che vengano ascoltate le opinioni preliminari del *magistrate judge*.

Tipicamente, la corte riceve memorie istruttorie redatte dalle parti, compresi gli *objectors*, per poi condurre un'apposita udienza formale di assunzione del materiale probatorio, che potrebbe essere breve o, invece, durare per giorni. Spesso la corte valuta la richiesta di pagamento degli avvocati della classe solo dopo aver deciso se concedere al *settlement* l'approvazione finale.

Il giudice può suggerire punti di vista specifici relativi all'accordo conciliativo, ma non può ri-scrivere le previsioni del *settlement*. Se il giudice conduce le *preliminary conferences* in presenza delle parti della conciliazione, può suggerire aspetti che incoraggino le parti a cambiare e modificare le previsioni dell'accordo, ancora prima che ne venga notificato il contenuto alla classe¹²¹.

Il *Federal Judicial Center* ha suggerito che nel rivedere le proposte di *class action settlement*, i giudici devono assumere il ruolo di "clienti scettici" ed esaminare criticamente gli elementi della *class certification*, il contenuto del *settlement*, le procedure proposte, perché, normalmente non esiste nessun cliente dotato delle conoscenze o delle risorse per proteggere gli interessi della classe¹²². Il *Judicial Center* descrive il ruolo del giudice:

anche in *Hicks v. Morgan Stanley & Co.*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 24890, al *17 (S.D.N.Y. Oct. 24, 2005); invece in *In re Visa Check/Mastermoney Antitrust Litig.*, 297 F.Supp. 2d 503, 518 (E.D.N.Y. 2003) (same); *but see Nilsen v. York County*, 382 F. Supp. 2d 206, 210 (D. Me. 2005) la corte concesse una seconda opportunità di esercitare l'*opt-out*).

¹¹⁹ MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) al § 21.631.

¹²⁰ Fed. R. Civ. P. 23(e)(2); MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) al § 21.631.

¹²¹ MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) al § 21.61 ("*Judicial Role in Reviewing Proposed Class Action Settlement*").

¹²² *Ibidem*.

“To determine whether a proposed settlement is fair, reasonable, and adequate the court must examine whether the interests of the class are better served by the settlement than further litigation. Judicial review must be exacting and thorough. The task is demanding because the adversariness of litigation is often lost after the agreement to settle. The settling parties frequently make a joint presentation of the benefits of the settlement without significant information about any drawbacks. If objectors do not emerge, there may be no lawyers or litigants criticizing the settlement or seeking to expose flaws or abuses. Even if objectors are present, they may simply seek to be treated differently than the class as a whole, rather than advocating for classwide interests”¹²³.

(b) I potenziali abusi del *settlement*

Il *Federal Judicial Center* ha anche identificato dieci possibili abusi dei *class action settlements* di cui la corte deve essere consapevole nel valutare le proposte di *settlement*. Questi abusi potenziali includono: (1) il condurre una “asta al contrario” (“*reverse auction*”) (2) il garantire ai membri della classe benefici non monetari illusori, come nel caso dei *coupon settlement*, ed allo stesso tempo garantire premi monetari sostanziali a favore degli avvocati, (3) svolgere pretese, o rinunciare a farlo, per ragioni strategiche, (4) l’imporre ai membri della classe rigide condizioni di eleggibilità o procedure per svolgere le proprie pretese particolarmente complesse, soprattutto nel caso in cui è previsto che le indennità non reclamate ritornino ai *defendants*; (5) il trattare in modo diverso membri della classe in condizioni simili; (6) il rinunciare alle pretese contro parti che non hanno partecipato al *settlement*; (7) il rinunciare a pretese contro parti che, pur parti delle trattative, non hanno ricevuto nessuna compensazione attraverso il *settlement*; (8) il determinare le parcelle degli avvocati a partire da una valutazione molto alta dei rimedi non monetari garantiti alla classe (come un *injunction*, un controllo medico, i *coupons*); (9) la conciliazione di pretese individuali per ricavare un profitto a favore dei rappresentanti della classe potenziali irragionevolmente alto¹²⁴.

¹²³ *Ibidem.*

¹²⁴ *Ibidem.*

(c) I criteri per valutare la proposta di *settlement*

I criteri per valutare se una proposta di *settlement* è “*fair, adequate and reasonable*”, variano nelle numerose *federal district courts*.¹²⁵ Comunque, molti *federal circuits* hanno elaborato criteri che disciplinano la conciliazione giudiziale entro il loro *circuit*, e il *Federal Judicial Center* ha indicato principi generali costruiti a partire dall’evoluzione della *common law*. Pertanto, il *Center* osserva:

“*A number of factors are used to apply those criteria and evaluate a proposed settlement. Deciding which factors apply and what weight to give them depends on a number of variables: (1) the merits of the substantive class claims, issues, or defenses; (2) whether the class is mandatory or opt-out; and (3) the mix of claims that can support individual litigation, such as personal injury claims, and claims that are only viable within a class action, such as small economic loss claims. A class involving small claims may provide the only opportunity for relief and pose little risk that the settlement terms will sacrifice the interests of individual class members. A class involving many claims that can support individual suits—ranging from claims of severe injury or death to relatively slight harms, as for example a mass torts personal-injury class—might require more scrutiny by the court to fairness.*”¹²⁶

Inoltre, il *Federal Judicial Center* ha individuato, a partire dagli *standard* di *common law* applicati dalle Corti Federali, una molteplicità di fattori che gravano sulla valutazione di un *settlement*, tra cui¹²⁷:

- 1) i vantaggi del *settlement* proposto rispetto al probabile risultato sul merito del *trial*;
- 2) la durata e il costo probabile del *trial*;

¹²⁵ Per illustrazioni sulla valutazione giudiziale dell’equità della proposta di *settlement*, cfr. per esempio, *Wal-Mart Stores, Inc. v. Visa U.S.A., Inc.*, 396 F.3d 96 (2d Cir. 2005), in cui il *settlement* viene approvato; mentre invece in *Staton v. Boeing Co.*, 327 F.3d 938 (9th Cir. 2003), il *settlement* viene negato; così come in *Molski v. Gleich*, 318 F.3d 937 (9th Cir. 2003); cfr. poi *Reynolds v. Beneficial Nat’l Bank*, 288 F.3d 277 (7th Cir. 2002).

¹²⁶ MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) al § 21.62 (“*Criteria for Evaluating a proposed Settlement*”).

¹²⁷ *Ibidem*.

3) la probabilità che le pretese o le difese della classe rimangano uniformi per tutta la classe nel corso del *trial*;

4) la maturazione delle questioni sottostanti il *trial*, così come misurata dalle informazioni e dall'esperienze acquisite attraverso la decisione di azioni individuali, lo sviluppo della conoscenza scientifica, e attraverso gli altri fattori che incidono sul probabile risultato nel merito del *trial*;

5) il grado di partecipazione dei membri della classe o dei rappresentanti della classe, del giudice, del *magistrate judge* o del *special master*, nelle negoziazioni che conducono al *settlement*;

6) il numero e la forza delle *objections* da parte di membri della classe;

7) le probabili risorse e l'abilità delle parti nel pagare, raggiungere o applicare il *settlement* rispetto alla difficoltà di esecuzione della possibile decisione sul merito, pronunciata secondo i paragrafi 1 o 4;

8) l'effetto del *settlement* sulle altre azioni pendenti;

9) pretese simili svolte da altre classi o sotto-classi ed il loro probabile risultato;

10) la comparazione dei risultati realizzati dai membri della classe attraverso il *settlement* e quelli realizzati o che probabilmente verrebbero realizzati da altri *claimants* che svolgessero pretese simili;

11) se i membri della classe o della sub-classe hanno il diritto di richiedere l'esclusione dal *settlement*, e, se sì, il numero di quelli che hanno esercitato tale diritto;

12) la ragionevolezza di qualsiasi previsione sulle parcelle degli avvocati, compresi gli accordi sulla divisione delle parcelle tra gli avvocati e il contenuto di qualsiasi accordo che potrebbe avere effetti sull'ammontare delle parcelle dovute per la rappresentanza di *claimants* individuali o *objectors*;

13) l'equità e la ragionevolezza della procedura per gestire i *claims* individuali secondo quanto disposto nel *settlement*;

14) se un'altra corte ha rigettato un *settlement* sostanzialmente simile per una classe simile; e

15) l'equità intrinseca del contenuto del *settlement*;

Inoltre, il *Federal Judicial Center* ha suggerito che, nel determinare il peso accordato a questi ultimi o ad altri fattori, le corti debbano esaminare se ¹²⁸:

¹²⁸ MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) al § 21.62.

- altre corti abbiano rigettato *settlement* simili per classi concorrenti o sovrapposte;
- i *plaintiffs* nominati siano gli unici membri della classe a ricevere compensazioni monetarie o ricevano compensazioni non proporzionate (le diversità di trattamento non sono necessariamente improprie, ma impongono lo scrutinio del giudice);
- l'ammontare del *settlement* sia molto inferiore rispetto ai danni stimati in cui siano incorsi i *class members*, come determinati nella *discovery* preliminare o in altre misurazioni oggettive, come in conciliazioni o sentenze di casi individuali;
- il *settlement* sia stato completato in una fase iniziale della controversia senza una *discovery* sostanziale, lasciando molte incertezze;
- i rimedi non monetari, come i *coupons* o *discounts*, abbiano, per i membri della classe, valore di mercato difficilmente monetizzabile;
- parti significative del *settlement* prevedano benefici sostanzialmente illusori in ragione di condizioni di eleggibilità molto rigide;
- alcuni *defendants* abbiano incentivi a ridurre i pagamenti dei *claims* perché possono trattenere quanto è rimasto del *fund*;
- non sia stata fatta menzione, nel *settlement*, dei *claims* principali o dei tipi di *relief* chiesti nel *complaint*;
- la disciplina di gruppi interni alla classe sia significativamente diversa rispetto a quella applicabile agli altri;
- pur in presenza di *claims* simili e contro gli stessi *defendants*, i *claimants* che non sono membri della classe (per esempio, coloro che hanno esercitato *l'opt-out*), o gli *objectors*, ottengano condizioni migliori rispetto a quelli della classe per risolvere;
- le parcelle degli avvocati siano talmente alte rispetto a quanto dovrebbe presumibilmente ottenere l'intera classe da suggerire la possibilità concreta di collusione;
- i *defendants* selezionino come negoziatore, senza il coinvolgimento della corte, qualcuno tra i legali dei *plaintiffs*; e
- un numero significativo di membri della classe sollevi obiezioni al *settlement* apparentemente cogenti. (La corte dovrebbe interpretare il numero degli *objectors* alla luce del valore economico della controversia. Quando l'ammontare di quanto ottiene ciascun membro della classe è di modesta entità, la scarsità di obiezioni riflette apatia più che soddisfazione. Quando l'ammontare di quanto recupera ciascun membro della classe è abbastanza alto da supportare una controversia individuale, la percentuale di membri della classe che svolgono obiezioni può essere una rappresentazione più fedele dei veri sentimenti dei membri della

classe nei confronti del *settlement*. Comunque, un numero apparentemente alto di *objections* potrebbe riflettere una strategia propagandistica organizzata, piuttosto che i sentimenti della classe nel suo insieme. Un fenomeno simile sono le cosiddette *opt-out campaign*.)

9. Le implicazioni del *Class Action Fairness Act* del 2005 per i *Class Action Settlement*

Attraverso il *Class Action Fairness Act* del 2005¹²⁹, il Congresso ha creato una nuova giurisdizione federale per le *class action*¹³⁰, e incluso una nuova previsione che consente ai *defendant* di spostare una *class action* rientrando nella giurisdizione statale, nella giurisdizione di una corte federale¹³¹. Le previsioni giurisdizionali del CAFA si collocano oltre i limiti del presente saggio¹³². Comunque, si può notare che il CAFA ha avuto un impatto sul foro in cui le *class action* vengono, oggi, proposte, ampliando la giurisdizione federale in materia e il numero di cause che vengono inizialmente incardinate presso la giurisdizione federale¹³³. Con-

¹²⁹ Pub. L. No. 109-2, § 3, 119 Stat. 4, 5-9 (definito in 28 U.S.C. §§ 1332(d), 1453, e 1711-1715 (2006)).

¹³⁰ 28 U.S.C. § 1332(d).

¹³¹ 28 U.S.C. § 1453.

¹³² Cfr. in generale, Anna Andreeva, *Class Action Fairness Act of 2005: The Eight Year Saga is Finally Over*, 59 Miami L. Rev. 385 (2005); Joseph M. Callow Jr., *The Class Action Fairness Act of 2005: An Overview and Analysis*, 52 Fed. Law 26 (2005); Anthony Rollo e Gabriel A. Crowson, *Mapping the New Class Action Frontier – A Primer on the Class Action Fairness Act and Amended Rule 23*, 59 Consumer Fin.L.Q.Rep. 11 (2005); David F. Herr e Michael C. McCarthy, *The Class Action Fairness Act of 2005 – Congress Again Wades Into Complex Litigation Management*, 228 F.R.D. 673 (2005); Georgene M Vairo, *Class Action Fairness Act of 2005; With Commentary and Analysis* (Matthew Bender 2005).

¹³³ Cfr. Emery G. Lee III, Thomas E. Willging, *The Impact of the Class Action Fairness Act of 2005 on the Federal Courts: Fourth Interim Report to the Judicial Conference Advisory Committee on Civil Rules* (Federal Judicial Center 2008); Thomas E. Willging, Emery G. Lee III; Project Team: George Cort, Loral Hooper, Marie Leary, Angelia Levy, Dean Miletich, Robert Niemic e Nicholle Reisdorff, *The Impact of the Class Action Fairness Act of 2005 on the Federal Courts: Third Interim Report to the Judicial Conference Advisory Committee on Civil Rules* (Federal Judicial Center 2007); Thomas E. Willging, Emery G. Lee III; Project Team: George Cort, Loral Hooper, Maria Estelita Huidobro, Marie Leary, Angelia Levy, Dean Miletich, Robert Niemic, e Nicholle Reisdorff, *The Impact of the Class Action Fairness Act of 2005: Second Interim Report to the Judicial Conference Advisory Committee on Civil Rules* (Federal Judicial Center 2006). Cfr anche Tho-

seguentemente, un numero maggiore di *class action* è soggetto alle previsioni del CAFA relative al *class settlement*. Inoltre, gli aneddoti raccontano che alcuni giudici statali aderiscono ai requisiti del CAFA in riferimento ai *class action settlement*, benché la giurisdizione statale non sia soggetta alle previsioni del CAFA.

Il CAFA contiene quattro previsioni fondamentali che si riferiscono ai *class action settlements*: (1) i *coupon settlements*,¹³⁴ (2) la protezione dalle perdite subite dai membri della classe¹³⁵, (3) la protezione contro discriminazioni in ragione del collocamento geografico¹³⁶, e (4) le notificazioni obbligatorie agli ufficiali federali e statali¹³⁷.

(a) I *coupon settlements*

Coloro che hanno più criticato gli abusi collegati all'esercizio di *class action* hanno svolto attività di *lobbying* presso il Congresso perché venissero incluse, nel CAFA, previsioni che affrontassero i problemi derivanti dall'uso di *coupon* senza valore o di *coupon* con un valore così piccolo da incentivare ben pochi *class members* a riscattarli. Conseguentemente, il pagamento delle parcelle degli avvocati in virtù del § 1712 (la previsione che si occupa dei *coupon settlement*) è soggetto all'approvazione della corte¹³⁸, che viene concessa a seguito di un'udienza in cui viene determinato se il *settlement* è "fair", "adequate" e "reasonable" nei confronti dei membri della classe¹³⁹. Rientra nella discrezionalità della corte richiedere o meno l'assistenza di un esperto che fornisca informazioni in merito al vero valore dei *coupons* che i *class members* potranno riscattare¹⁴⁰.

Il CAFA collega il riscatto dei *coupon* al pagamento delle parcelle degli avvocati. Perciò, in una *class action* che prevede il pagamento dei membri della classe in *coupon* – se il valore dei *coupon* è usato per determinare l'ammontare della parcella dell'avvocato – la porzione della

mas E. Willging e Shannon R. Wheatman, *Attorney Choice Of Forum In Class Action Litigation: What Difference Does It Make?* (Federal Judicial Center 2006)

¹³⁴ 28 U.S.C. § 1712.

¹³⁵ 28 U.S.C. § 1713.

¹³⁶ 28 U.S.C. § 1714.

¹³⁷ 28 U.S.C. § 1715.

¹³⁸ Le parcelle degli avvocati in una *class action* sono soggette anche alla disciplina della *Rule 23*(h).

¹³⁹ 28 U.S.C. § 1712(e).

¹⁴⁰ 28 U.S.C. § 1712(d).

parcella dell'avvocato che è attribuibile al pagamento di *coupon* deve basarsi sul valore dei *coupon* effettivamente riscattati¹⁴¹.

Comunque, se una porzione di quanto la classe ha ottenuto con i *coupons* non è usata per determinare le parcelle degli avvocati, allora l'ammontare della parcella deve basarsi sul tempo che l'avvocato ha ragionevolmente speso per lavorare sulla *class action*¹⁴². Nell'approvare una richiesta di parcella per gli avvocati svolta secondo quanto previsto nel § 1712, la corte deve includere una parcella appropriata anche per il caso in cui venga ottenuta un'*equitable relief*, come un'*injunction*.¹⁴³ Inoltre, niente di quanto previsto nel § 1712, proibisce alla corte di applicare il metodo *lodestar/multiplier* per determinare le parcelle in un *coupon settlement*.¹⁴⁴ Nei *class action settlements* che combinano sia *coupons* che *equitable relief*, le corti sono costrette a utilizzare entrambi i metodi: sia il metodo che determina l'ammontare della parcella in funzione delle quote di riscatto e sia quello che lo computa in proporzione al tempo ragionevolmente speso dagli avvocati nella preparazione della *class action*.¹⁴⁵

Infine, le corti possono ordinare che l'accordo conciliativo preveda una distribuzione *cy press* dei *coupon* non reclamati a favore di enti governativi o di beneficenza, se le parti sono d'accordo¹⁴⁶. Se i *coupon* non reclamati sono pagati secondo una distribuzione *cy press*, non possono essere usati per calcolare le parcelle degli avvocati¹⁴⁷.

Chiaramente, la *ratio* delle previsioni contenute nel CAFA in relazione ai *coupon settlements* è di creare un serio disincentivo alle parti di offrire *coupons* come forma di *class relief*.¹⁴⁸ Ad oggi, il CAFA sembra

¹⁴¹ 28 U.S.C. § 1712(a).

¹⁴² 28 U.S.C. § 1712(b)(1).

¹⁴³ 28 U.S.C. § 1712(b)(2).

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ 28 U.S.C. § 1712(c).

¹⁴⁶ 28 U.S.C. § 1712(e).

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ Cfr. Andrew McGuinness e Richard Gottlieb, *New Class Action Law Contains Pitfalls for Defendants*, 28 Chi. Lawyer 60 (2005)(commenting on coupon settlement provisions in CAFA); cfr. anche Guy V. Amoresano e Michael R. McDonald, *Class Litigants Face Tougher Forum: Will Closer Scrutiny by Federal Judges Curb Costs*, 180 N.J.L.J. 282 (2005), dove si afferma che: "*coupon settlements will be increasingly less attractive for the plaintiffs' bar and potential defendants*". Ma cfr. anche J. Brendan Day, Comment, *My Lawyer Went to Court and All I Got Was This Lousy Coupon! The Class Action Fairness Act's Inadequate Provision for Judicial Scrutiny Over Proposed Coupon Settlements*, 38 Seton Hall L. Rev. 1085 (2008).

aver realizzato tali effetti, e le parti delle conciliazioni generalmente non includono i *coupons* nei loro accordi.

(b) Protezione dalle perdite subite dai *class members*

Un altro abuso delle *class action* che il CAFA cerca di eliminare consiste nel problema che si verifica quando i *class members*, in ragione di quanto previsto nel *settlement*, rimangono obbligati a pagare, ai legali della classe, una parcella tale da provocare una perdita netta al singolo membro della classe. In alcuni famosi *class settlements*, tali somme pagate ai legali della classe hanno superato quanto era stato recuperato dal *class member*; pertanto, alcuni *class members*, avevano sofferto una perdita come conseguenza dell'essere stati membri di una *class action*.¹⁴⁹ Tale situazione è particolarmente grave quando il rimedio offerto a favore dell'intera classe è solo "equitable" e non c'è nessun recupero monetario a favore dei singoli membri della classe.

A questo scopo, il § 1713 prevede semplicemente che "*The court may approve a proposed settlement under which any class members is obligated to pay sums to class counsel that would result in a net loss to the class member only if the court makes a written finding that nonmonetary benefits to the class member substantially outweigh the monetary loss*"¹⁵⁰.

(c) Protezione dalle discriminazioni in ragione del collocamento geografico

La *ratio* delle previsioni giurisdizionali contenute nel CAFA è quella di autorizzare la proposizione di *class action* di dimensioni nazionali o multi statuali e di significativo interesse nazionale presso corti federali. Nelle *class action* multi statuali o di scala nazionale, i legali e i rappresentanti della classe possono provenire da un unico luogo, e depositare la loro azione in un foro particolare. Al fine di salvaguardare la posizione delle parti dalla circostanza che un foro possa favorire un gruppo di membri della classe rispetto ad un altro esclusivamente in ragione della loro provenienza geografica, il CAFA ha previsto che: "*The court may not approve a proposed settlement that provides for the payment of greater*

¹⁴⁹ Cfr. anche., *Kamilewicz v. Bank of Boston*, 100 F.3d 1348, 1349 (7th Cir. 1996); i *class member* ottennero un *award* di \$2.19, ma vennero prelevati dal loro conto in banca \$91.33, a titolo di spese per gli avvocati.

¹⁵⁰ 28 U.S.C. § 1713.

*sums to some class members than to others based solely on the basis that the class members to whom the greater sums are to be paid are located in closer geographic proximity to the court.”*¹⁵¹

(d) Notificazioni obbligatorie agli ufficiali federali e statuali

Come già osservato, il CAFA ha delineato, per i *federal* e *state governmental officials*, un ruolo di supervisione, in conseguenza delle nuove e obbligatorie previsioni sulle notifiche¹⁵². Le notifiche ai *governmental officials* previste nel CAFA sono lunghe e molto dettagliate.

In sostanza, le previsioni relative alla notifica del *settlement* richiedono che non oltre i dieci giorni successivi al deposito della proposta di *settlement*, ciascun *defendant* debba notificare tale proposta allo *state official* competente dello stato in cui il membro della classe risiede nonché al *federal official* competente¹⁵³. La legge indica una descrizione dettagliata delle informazioni che la notifica deve contenere al fine di informare gli ufficiali competenti sulle condizioni del *settlement*.¹⁵⁴

¹⁵¹ 28 U.S.C. § 1714.

¹⁵² V. i commenti *supra*; 28 U.S.C. § 1715.

¹⁵³ 28 U.S.C. § 1715(b).

¹⁵⁴ 28 U.S.C. § 1715(b)(1)-(8), che comprende:

“(b) *In general.* – Not later than 10 days after a proposed settlement of a class action is filed in court, each defendant that is participating in the proposed settlement shall serve upon the appropriate State official of each State in which a class member resides and the appropriate Federal official, a notice of the proposed settlement consisting of —

(1) a copy of the complaint and any materials filed with the complaint and any amended complaints (except such materials shall not be required to be served if such materials are made electronically available through the Internet and such service includes notice of how to electronically access such material);

(2) notice of any scheduled judicial hearing in the class action;

(3) any proposed or final notification to class members of—

(A)(i) the members’ rights to request exclusion from the class action; or

(ii) if no right to request exclusion exists, a statement that no such right exists; and

(B) a proposed settlement of a class action;

(4) any proposed or final class action settlement;

(5) any settlement or other agreement contemporaneously made between class counsel and counsel for the defendants;

(6) any final judgment or notice of dismissal;

(7)(A) if feasible, the names of class members who reside in each State and the estimated proportionate share of the claims of such members to the entire settlement to that State’s appropriate State official; or

(B) if the provision of information under subparagraph (A) is not feasible, a reasonable

Il CAFA fornisce novanta giorni di tempo agli ufficiali federali e statali per revisionare la proposta di *settlement* e per decidere se comparire o sollevare obiezioni relative al *settlement*.¹⁵⁵ La corte non può approvare una proposta di *settlement* senza che sia trascorso tale lasso di tempo.

Se il *defendant* non adempie alle previsioni del CAFA relative alla notifica agli ufficiali competenti, le conseguenze a suo carico possono essere molto gravi. La legge specifica che se non viene effettuata la notifica, il membro della classe può rifiutarsi di adempiere al *settlement*, e può scegliere di non essere vincolato dall'accordo conciliativo¹⁵⁶.

Pertanto, al fine di assicurare gli effetti vincolanti del *settlement*, il CAFA incentiva i *defendants* ad adempiere alle previsioni ivi previste o, alternativamente, rinunciare alla produzione di effetti vincolanti nei confronti di alcuni o tutti i membri della classe. Ancora più significativamente, le previsioni del CAFA relative alle notifiche incoraggiano le parti della conciliazione ad elaborare dei *settlement* migliori, al fine di evitare lunghe controversie con le agenzie governative che possono minare o invalidare il *settlement*. Deve osservarsi che, comunque, i requisiti del CAFA sulle notifiche impongono un costo aggiuntivo a carico dei *defendant*, per provvedere alle notifiche agli ufficiali governativi, elemento che potrebbe causare ulteriori spese derivanti da una qualsiasi controversia relativa al *settlement* sollevata dagli ufficiali governativi a cui è stata notificato.

(e) Gli effetti del CAFA sui *class action settlement*

Il CAFA è entrato in vigore da tre anni, ma ben poche *class actions* soggette alle previsioni del CAFA hanno superato la fase del *settlement*. Invece, la maggior parte delle controversie nelle corti federali si sono concentrate sulle previsioni del CAFA relative alla giurisdizione, originaria, o successiva al suo spostamento. Le decisioni delle corti si sono focalizzate sui requisiti giurisdizionali previsti dal CAFA, piuttosto che sui requisiti ivi previsti relativi alla disciplina dei *settlement*. Pertanto, richiede-

estimate of the number of class members residing in each State and the estimated proportionate share of the claims of such members to the entire settlement; and

(8) *any written judicial opinion relating to the materials described under subparagraphs (3) through (6).*"

¹⁵⁵ 28 U.S.C. § 1715(d).

¹⁵⁶ *Ibidem.* at § 1715(e).

rà ancora un po' di tempo prime che le corti dovranno confrontarsi con l'interpretazione e l'applicazione dei requisiti previsti dal CAFA e relativi al *settlement*, e perché ne vengano elaborati *standard* valutativi.

In generale, sembra che le parti di conciliazioni stiano cercando di evitare i *coupon settlements* in ragione del collegamento, previsto nel CAFA, tra tali *settlements* e le parcelle degli avvocati. Inoltre, gli avvocati sono ben coscienti dei requisiti relativi alle notifiche indicati nel CAFA, e i *defendant* prestano particolare attenzione all'individuazione degli ufficiali governativi competenti ai fini della notifica e in base alla natura del *class settlement*.

Conclusione

I *class action settlement* sono una componente chiave delle *class litigation* negli Stati Uniti, in ragione del fatto che praticamente tutte le *class action* sono risolte senza il processo. Sin dalla fine degli anni novanta, le corti federali hanno riconosciuto la legittimità delle *settlement classes*, e hanno rinforzato il requisito dell'adeguata rappresentanza per garantire la protezione accordata dal *due process* ai membri della classe assenti. Pertanto, garantire i diritti accordati dal *due process* ai membri assenti della classe, e assicurare l'adeguata rappresentanza di tali membri, costituiscono il presupposto perché un *class action settlement* produca effetti vincolanti. I *class action settlements* sono strutturati secondo i requisiti indicati nella *Rule 23(b)*, sia come classi obbligatorie senza diritto di *opt-out*, che come *damage classes* con diritto di *opt-out*. In ciascuno dei possibili *class settlements* chiedere o concedere la *certification* o il *final approval* del *settlement agreement* presenta problematiche diverse per le parti della conciliazione e per la corte adita. Inoltre, le proposte di *settlement class* devono soddisfare anche i requisiti indicati per la *class certification* dalla *Rule 23(a)*, come qualsiasi *litigation class*.

Nel corso degli ultimi due decenni, le corti hanno individuato una molteplicità di problemi etici e abusi inerenti ai *class action settlement*, compresi i possibili conflitti di interesse, le eventuali comunicazioni improprie, i *claimants* futuri, il *self-dealing* degli avvocati, le restrizioni improprie contro la futura rappresentanza, le ricompense scarse o senza valore, gli accordi collaterali sottobanco. Conseguentemente, le corti sono diventate sempre più diligenti nell'analisi rigorosa dei *settlements* proposti, al fine di valutare l'adeguatezza della rappresentanza dei membri della

classe e assicurare il rispetto dei diritti accordati a quest'ultimi dal *due process*.

Una varietà di fattori commerciali, legali e strategici spingono le parti a negoziare un'ipotesi di *settlement*, e tali negoziazioni possono avvenire in ogni momento durante il corso delle *class litigation*. Una volta che tali negoziazioni vengono instaurate, una grande varietà di possibili partecipanti può esserne coinvolta. Tra questi, vi sono i legali del *plaintiff* e della *defense*; i *class representatives*; il *presiding judge*, i *magistrates*, gli *special masters*; gli *objectors*, gli ufficiali governativi e i *commercial vendors*.

L'accordo conciliativo avrà in primo luogo un contenuto sostanziale relativo alla natura dei *claims*, della responsabilità, dei *relief*, delle difese e dei *releases*. In secondo luogo, l'accordo conciliativo conterrà una molteplicità di previsioni procedurali, compresa la disciplina dell'amministrazione delle notifiche ai membri della classe e la disciplina dell'amministrazione dei *claims*. Dall'entrata in vigore del CAFA nel 2005, i *defendants* devono anche provvedere alla notifica agli ufficiali federali e statali competenti.

Secondo le disposizioni contenute nell'*American class action rule*, nessun *settlement* è definitivo finché non è stato approvato dalla corte. L'approvazione definitiva consiste in due fasi. Nella prima fase, la corte valuta se concedere un'approvazione preliminare alla proposta di *settlement*, che deve essere notificata ai membri della classe, dando così a quest'ultimi un'ulteriore opportunità per esercitare l'*opt-out*. Una volta che la notifica è stata effettuata nei confronti dei membri della classe, la corte conduce un *fairness hearing* per determinare se la proposta di *settlement* è "*fair, adequate, e reasonable*." A seconda del precedente applicabile nella particolare giurisdizione in cui il *settlement* è proposto, le corti considereranno una molteplicità di fattori e applicheranno diversi *standard* per valutare che il *settlement* proposto sia *fair, adequate e reasonable*. Se la corte determina che la proposta di *settlement* soddisfa questi *standard*, emetterà un *order* che approva il *settlement*, e che sarà vincolante per tutti i membri della classe.