ANNO LXXV - 2008 NUOVA SERIE A - N. 59,3

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

ANNO LXXV (2008) **NUOVA SERIE A - 59,3**

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 3

ANNA MARIA DEL VECCHIO, *La sicurezza umana nell'era del nucleare e della globalizzazione*, 365

LINDA S. MULLENIX, *I Class Action Settlements negli Stati Uniti*, 405

PAOLO SPAZIANI, *Il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione: fonti; giurisdizione; poteri del giudice del lavoro*, 467

Direttore responsabile: GIOVANNI BATTISTA BOGLIOLO

Comitato scientifico: MARCO CANGIOTTI, CARLO FANTAPPIÈ, LANFRANCO FERRONI, GIUSEPPE GILIBERTI, PIERO GUALTIERI, GUIDO GUIDI, LUIGI MARI, RICCARDO MAZZONI, LUCIO MONACO, VITTORIO PARLATO, EDUARDO ROZO ACUÑA

Redazione: VICTOR CRESCENZI, ANNA MARIA GIOMARO

Direzione e redazione: Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 3031

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927.

Stampa: Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

ANNO LXXV - 2008 NUOVA SERIE A - N. 59,3

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

ANNA MARIA DEL VECCHIO

LA SICUREZZA UMANA NELL'ERA DEL NUCLEARE E DELLA GLOBALIZZAZIONE

SOMMARIO:: 1. Considerazioni introduttive. A) La sfida del nucleare militare. Gli anni della Guerra Fredda. B) La proliferazione delle armi nucleari. Il rapporto tra diritto internazionale e problematica del nucleare militare. – 2. L'impegno anti-proliferazione delle armi nucleari, nella considerazione delle conseguenze degli esperimenti nucleari. A) La politica di "dissuasione nucleare" ed il contenimento di essa. B) La posizione della Corte internazionale di Giustizia. Le problematiche poste da casi estremi di legittima difesa, in rapporto alla valutazione dei casi. I c.d. "dilemmi della sicurezza". – 3. La "sicurezza umana", rapportata alla sicurezza nazionale dello Stato. L'affermazione dell'esigenza di una politica concordata in ambito internazionale nel settore del nucleare militare. A)Il Trattato sulla non proliferazione delle armi nucleari (TNP). Gli obiettivi ed i contenuti del Trattato. B) Le ispezioni dell'Agenzia internazionale dell'energia atomica (AIEA). Il caso dell'Iran. C) Il rapporto tra il nucleare civile ed il nucleare militare, con riferimento al rischio di attività clandestine tese alla diversione del nucleare civile a fini militari. D) Il "Comprehensive Test Ban Treaty" (CTBT). – 4. L'uso sicuro dell'energia nucleare. Le conseguenze delle radiazioni per la specie umana. – 5. L'impegno internazionale nel quadro delle Nazioni Unite, inteso a frenare la corsa agli armamenti nucleari. Il caso di Israele. A) La "sicurezza internazionale" secondo le disposizioni dello Statuto dell'ONU. Le Forze di pace ed i limiti di intervento di esse. B) L'impegno dell'ONU negli interventi umanitari e nella ricostruzione di aree distrutte. La Commissione di consolidamento della pace. Il Fondo centrale di urgenza umanitaria. – 6. La sicurezza umana alla prova dei rischi derivanti da inquinamenti e da cambiamenti climatici. A) I rischi per la salute umana, derivanti da epidemie. I problemi dati dalla diffusione dell'AIDS in Africa ed in altri parti del mondo. B) La tendenza delle iniziative internazionali anti-AIDS. – 7. La garanzia di un ambiente salubre negli obiettivi internazionali. A) Alcuni tra i principali Atti internazionali in materia di ambiente. B) Le Conferenze internazionali all'uopo convocate. Il Protocollo di Kyoto. C) Il problema dell'acqua e della carenza di risorse idriche nel pianeta. Il principio dell'equa ripartizione delle risorse idriche. La Convenzione di New York sui corsi d'acqua internazionali del 1997. – 8. Le emergenze umanitarie in caso di catastrofi naturali e le strategie di intervento. A) Il coordinamento degli aiuti umanitari. Le iniziative internazionali volte alla pianificazione degli interventi. La "cultura della prevenzione". B) Le Conferenze internazionali dedicate alla prevenzione. C) I problemi posti dai Paesi sotto-sviluppati. – 9. La costruzione di un nuovo Stato sociale di diritto ambientale. A) Il riconoscimento di un diritto soggettivo ad un ambiente sano. Il principio dell' "equità intergenerazionale". B)Le posizioni assunte in ordine a tale principio nel quadro della Corte internazionale di Giustizia. – 10. Il principio di precauzione e la gestione del rischio nel rapporto tra tutela dell'ambiente e sviluppo economico. – 11. Gli obiettivi della pace e dello sviluppo nella ricerca di soluzioni ai gravi problemi del nostro tempo.

1.

L'epoca attuale, caratterizzata da una società umana sempre più ricca di potenzialità e di capacità nei Paesi ad elevato sviluppo tecnologico, ma anche lacerata da contrasti, incoerenze e contraddizioni, pone pressanti ed impellenti interrogativi circa i metodi e gli strumenti necessari (ed effettivamente e legittimamente disponibili) per garantire al genere umano la sopravvivenza e la sicurezza [1].

Agli inizi del XXI° secolo la terza rivoluzione industriale e le nuove forme di comunicazione che ne sono derivate, hanno trasformato, anche sul piano relazionale, la società umana nel suo complesso, ponendo in essere varie sfide, che necessitano di risposte coerenti e costruttive.

Nell'esplorare la vastità del mondo globalizzato che ci circonda emergono squilibri, diversità, interdipendenze ed incertezze che inducono ad una attenta riflessione, ai fini delle soluzioni dei vari problemi in una vasta prospettiva transnazionale e transdisciplinare, indispensabile ai fini della completezza delle conoscenze, in una società umana globalizzata e globalizzante.

A) All'indomani della Seconda Guerra mondiale, in un mondo devastato e diviso, i problemi della sicurezza e della difesa vennero affrontati con determinazione, nel tentativo di realizzare un equilibrio di Forze in un quadro internazionale sconvolto dalle atrocità del conflitto, e dalla difformità di impostazione ideologica e politica tra le principali Potenze mondiali. In tale contesto, in cui andò definendosi un'aperta contrapposizione tra il mondo dell'Est e quello dell'Ovest, si affermò l'importanza del ruolo e del primato delle Grandi Potenze vincitrici del conflitto, in quanto garanti di un ordine mondiale fondato su espressioni di forza e su strategie dirompenti sul piano politico-militare. In tale ambito si impose il ruolo strategico-militare dell'arma nucleare, precipuamente nel rapporto di confronto (con momenti di aperta contrapposizione) tra gli Stati Uniti e l'Unione Sovietica degli anni della Guerra Fredda [2].

---

[1] Per considerazioni sulle emergenze e le sfide del mondo attuale, agli albori del XXI° secolo, vedi l'ampia Raccolta curata dall'UNESCO "Les clés du XXI^e siècle", Seuil, Editions UNESCO, 2000. Sull'impatto della mondializzazione e del progresso tecnologico su valori fondamentali, nella constatazione della crisi dei valori etici tradizionali, si interrogano e si confrontano eminenti studiosi e scienziati nel quadro degli "Entretiens du XXI^e siècle" promossi dall'UNESCO. Vedi la Raccolta "Où vont les valeurs?", II, Editions UNESCO/Albin Michel, 2004.

[2] Vedi GADDIS J.L., *La guerra fredda*, Mondadori, Le scie, 2007.

Per circa sessant'anni, a partire dal 1945, il possesso dell'arma nucleare apparve come il simbolo supremo della potenza e del potere di egemonia delle Superpotenze, e come strumento di dissuasione nel quadro delle relazioni internazionali; nel corso della Guerra Fredda l'arma nucleare fu all'origine della corsa agli armamenti tra Washington e Mosca, e della proliferazione delle armi nucleari che coinvolse numerosi Stati, attratti dalle sue capacità dissuasive, nell'ottica di una pace armata [3].

La presa di coscienza, da parte di responsabili di Stati e dell'opinione pubblica internazionale, della pericolosità di tale arma per la sopravvivenza di nazioni e di Stati, e del genere umano che ne subisce gli effetti distruttivi, non impedì che, per ragioni di prestigio oltre che di autodifesa di Stati, venisse attuata una vera e propria corsa agli armamenti, volta a dotare gli arsenali delle maggiori Potenze, di armi atomiche sempre più efficaci e perfezionate.

Sono note le conseguenze distruttive del primo ordigno nucleare (Little Boy) sganciato su Hiroshima il 6 agosto 1945 dagli Stati Uniti (seguito tre giorni dopo dal bombardamento atomico di Nagasaki), per accelerare la fine del secondo conflitto mondiale ed ottenere la capitolazione del Giappone. Ancora oggi storici e strateghi militari si chiedono se la distruzione di Hiroshima e Nagasaki con l'arma atomica sia stata un male necessario per porre fine ad un sanguinosissimo conflitto mondiale oppure un errore strategico. La strage di Hiroshima e di Nagasaki, definita "il peccato originale del nucleare", non ha comunque segnato una nuova era nelle relazioni internazionali, fondata sulla minaccia e l'uso dell'arma atomica a fini strategici; essa viene considerata un momento unico, e viene qualificata come un fatto isolato.

L'Amministrazione Truman che, nel 1950, dovette fronteggiare la guerra di Corea, tenne a precisare che sarebbero state prese "tutte le misure necessarie per fare fronte alla situazione militare .....compresa ogni arma a nostra disposizione", ferma restando la responsabilità dell'uso delle armi da parte dei comandanti militari [4].

---

[3] Sulla rilevanza dell'arma nucleare nelle relazioni internazionali vedi BONIFACE P. - COURMONT B., *Le monde nucléaire*, Paris, Colin, 2006. Sulla proliferazione nucleare, sia orizzontale che verticale, vedi POLITI M., *Diritto internazionale e non proliferazione nucleare*, Padova, CEDAM, 1984.

[4] Il 2 dicembre 1950 il generale Mc Arthur, in base all'autorità conferitagli dal Presidente Truman, ordinò di sganciare cinque bombe atomiche di potenza simile a quella di Hiroshima sulle colonne cinesi che avanzavano verso sud nella penisola coreana. L'esplosione prodotta fu di minore efficacia rispetto a quelle sperimentate contro Hiroshima e

B) Negli anni compresi tra il 1945 e il 1953 il monopolio del nucleare fu tenuto dagli Stati Uniti in un contesto internazionale teso e turbato: l'arma atomica apparve allora agli Americani come un mezzo atto a persuadere i Sovietici dal contrastare i piani statunitensi, nonostante le riserve poste dall'opinione pubblica americana, poco disposta ad accettare una nuova utilizzazione dell'arma nucleare. La strategia nucleare americana fu comunque definita semplicemente come "strategia di dissuasione", per cui l'arma nucleare sarebbe stata impiegata soltanto nel caso di un attacco sovietico.

Fallito il tentativo del Piano Baruch, presentato dagli Stati Uniti nel 1946 [5], inteso ad impedire la costruzione di ordigni nucleari (e a distruggere quelli esistenti), nel quadro di un regime di diretto controllo internazionale di tutte le attività nucleari, gli sviluppi successivi in materia segnarono la fine del monopolio americano.

Il primo esperimento nucleare sovietico (la c.d. "bomba di Stalin") ebbe luogo il 29 agosto 1949, suscitando preoccupazione da parte statunitense rispetto ad un possibile confronto con l'Unione Sovietica fondato sull'utilizzazione reciproca dell'arma atomica, anche in considerazione della crisi di Praga e del blocco di Berlino del 1948.

Le varie crisi politiche e militari della Guerra Fredda furono poste sistematicamente sotto il segno del nucleare; per entrambe le Superpotenze (Stati Uniti e Unione Sovietica) rappresentarono l'occasione per verificare le loro potenzialità.

La crisi di Cuba del 1962 venne considerata come la più significativa nell'ottica del nucleare ma anche la più pericolosa per la pace mondiale [6]. È comunque in occasione di tale crisi che le due Superpotenze compresero che, al di là delle loro divergenze, era necessario trovare un punto di incontro per evitare uno scontro diretto che avrebbe potuto innescare un conflitto mondiale sotto il segno del nucleare.

Il rapporto tra diritto internazionale e non proliferazione nucleare, in mancanza di una norma specifica relativa all'impiego delle armi nucleari, non è ben definito. In base al diritto internazionale convenzionale, ed an-

---

Nagasaki; essa cagionò comunque la morte di 150.000 soldati cinesi, oltre che di un numero imprecisato di prigionieri di guerra, americani e sud coreani. Tale azione fu condannata immediatamente dagli alleati della NATO, per cui l'Amministrazione Truman tenne ad assicurare la stampa, il Paese e gli Alleati che non c'era alcun piano che prevedesse l'uso di armi atomiche in Corea.

[5] Vedi Politi M., *Diritto internazionale e non proliferazione nucleare*, cit., p. 17.

[6] Sulla crisi di Cuba vedi particolarmente Abel E., *Les fusées de Cuba*, Paris, 1966.

che consuetudinario, non esiste una proibizione completa ed universale della minaccia o dell'uso delle armi nucleari in quanto tali. Allo scopo di frenare l'incremento della produzione delle armi nucleari sono stati stipulati importanti accordi internazionali per disciplinarne e limitarne l'utilizzazione, e ridurre quindi il rischio di una guerra nucleare [7].

2.

Con l'ampliamento del numero degli Stati dotati dell'arma nucleare, quali la Gran Bretagna (la quale sperimentò la prima arma termonucleare in maggio 1957), la Francia (la quale fece il primo esperimento atomico in febbraio 1960) e la Cina (la quale, con l'esplosione della sua prima bomba atomica, divenne la seconda potenza nucleare del mondo comunista), si pose il problema di contenere il fenomeno della proliferazione delle armi nucleari, o, quanto meno, di adottare misure tali da consentire di limitarne la portata e gli effetti, nella consapevolezza degli ingenti danni provocati dalle armi nucleari alle persone e all'ambiente, a largo raggio.

Per quanto concerne la non proliferazione, lo strumento giuridico principale resta tuttora il Trattato sulla non proliferazione delle armi nucleari, entrato in vigore nel 1970 [8]. Venticinque anni dopo, cioè nel 1995, gli Stati parte del TNP avrebbero dovuto decidere se estendere per un periodo determinato, o per più periodi, o a tempo indefinito, il Trattato in questione. La Conferenza degli Stati parti, che ebbe luogo tra il 17 aprile e il 12 maggio 1995, si è pronunciata per l'estensione a tempo indefinito.

Prima ancora della stipulazione del TNP l'Organizzazione delle Nazioni Unite apparve orientata a fare sì che gli Stati non sviluppassero in modo sconsiderato e senza controllo programmi nucleari. L'Assemblea generale ha più volte espresso preoccupazione per il fatto che una maggioranza cospicua di Stati non abbia rallentato gli esperimenti nucleari,

---

[7] Per indicazioni circa alcuni importanti accordi internazionali in tema di armi nucleari vedi POLITI M., *Diritto internazionale e non proliferazione nucleare*, cit., p. 19, particolarmente nota 8.

[8] Il testo in lingua inglese del TNP è pubblicato in "International Legal Materials", 1968, p. 809 e ss. Il Trattato è stato aperto alla firma a Londra, Mosca e Washington il 1° luglio 1968.

ed ha raccomandato a più riprese agli Stati dotati di armi nucleari di sospendere ogni esplosione nucleare a fini sperimentali.

Nel 1972 l'India sperimentò il suo primo esperimento sotterraneo, giustificandolo a livello internazionale come "esplosione nucleare a fini pacifici". Ancora nel 1998 l'India condusse cinque esperimenti nucleari nel deserto di Pakhram, in Rajastham; nello stesso anno anche il Pakistan effettuò esperimenti nucleari acuendo la tensione con l'India.

Per quanto concerne la questione delle attività nucleari della Francia, per esperimenti che si intendevano condurre nel 1973-1974 nell'atmosfera, e nel 1975 nel sottosuolo, la Corte internazionale di Giustizia – chiamata a pronunciarsi – dichiarò nel primo caso la cessazione della materia del contendere (in conseguenza della decisione francese di sospendere i "tests" nucleari nell'atmosfera) e nel secondo caso la propria incompetenza a pronunciarsi [9]. I "tests" nucleari programmati dalla Francia, secondo l'opinione della Nuova Zelanda, costituivano una violazione di principi di diritto internazionale generale per cui si imponeva una analisi preventiva dell'impatto ambientale con conseguente azione precauzionale, nella valutazione del rischio ambientale.

È provato da studi scientifici recenti il rischio ambientale concreto di onde anomale e di dispersione di materiale radioattivo nell'ambiente, conseguente ad esperimenti nucleari [10].

A) La Corte internazionale di Giustizia non ha peraltro condannato la dissuasione nucleare, che è stata definita in termini non giuridici in quanto "pratique dénommée politique de dissuasion". In realtà il problema della "dissuasione nucleare", che fa ancora parte della dottrina strategica di alcuni Stati, è assai complesso e controverso.

La strategia della dissuasione nucleare (o "deterrenza") consiste nella facoltà (o meno) di detenere un armamento nucleare tale da dissuadere un potenziale avversario dall'attaccare.

Anche muovendo dal convincimento che la politica di dissuasione può avere effetti di stabilizzazione dissuadendo da un conflitto interstatale, il timore del moltiplicarsi del numero degli Stati dotati dell'armamento nucleare è ricorrente a partire degli anni cinquanta del secolo scorso;

---

[9] Sulle vicende di cui sopra, vedi SANDS P., *L'affaire des essais nucléaires (Nouvelle Zelande c. France): contribution de l'instance au droit international de l'environnement*, in *Revue générale de droit international public*, 1997, pp. 447-474.

[10] Per considerazioni al riguardo vedi BASSAN F., *Gli obblighi di precauzione nel diritto internazionale*, Napoli, Iovene, 2008, p. 67.

il sistema nucleare a livello globale è tanto meno controllabile quanto più si accresce il numero di coloro che detengono armi nucleari e fanno esperimenti nucleari.

È opinione ormai consolidata che l'utilizzazione del mezzo nucleare da parte degli Stati vada considerata con tutti i limiti derivanti dalla possibilità degli effetti extra-territoriali generalizzati degli esperimenti nucleari; e con tutti i controlli necessari a salvaguardare le popolazioni civili e l'ambiente circostante, in larga dimensione e a lungo termine, da danni irreparabili.

Va detto che numerosi Stati, già impegnati in programmi di ricerche nel settore del nucleare militare, hanno finito con l'abbandonare i loro progetti, ricollegandosi al regime di non proliferazione istituito con il TNP. Così la Svezia, la quale, a partire dalla fine degli anni sessanta, era riuscita a costruire un ordigno nucleare, ha preferito smantellare il suo programma militare per conformarsi ai negoziati del TNP. Anche il Brasile e l'Argentina, che avevano sviluppato programmi nucleari negli anni '70, vi rinunciarono agli inizi degli anni '80 [11].

B) La lotta contro la proliferazione delle armi nucleari ha sempre costituito un impegno preciso per l'ONU. In gennaio 1992 il Consiglio di Sicurezza, riunito a livello di Capi di Stato e di governo, qualificò tale proliferazione come una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale.

La Corte internazionale di Giustizia ha affermato che l'uso o la minaccia di uso di armi nucleari non solo non dovrebbe essere in contrasto con le disposizioni della Carta delle Nazioni Unite, ma dovrebbe essere anche compatibile con le prescrizioni del diritto internazionale applicabili nei conflitti armati, in particolare con i principi e le regole del diritto internazionale umanitario [12]. La Corte, tuttavia, tenuto conto dello stato attuale del diritto internazionale, nonché degli elementi di fatto disponibili, non ha ritenuto di potersi pronunciare in modo definitivo circa la liceità o l'illiceità della minaccia o dell'uso dell'arma nucleare "in una situazione estrema di legittima difesa, in cui l'esistenza stessa dello Stato sia messa in causa". Nella consapevolezza che la dissuasione nucleare si

[11] Vedi Boniface P. – Courmont B., *Le monde nucléaire*, cit., p. 93.

[12] Vedi il parere consultivo della Corte internazionale di Giustizia dell'8 luglio 1996, relativo alla liceità della minaccia o dell'uso di armi nucleari, in *Recueil*, 1996, p. 4 e ss.

innesta ancora nella dottrina strategica degli Stati, a fini di sicurezza nazionale, va notato che "una dissuasione nucleare al servizio di una risposta in legittima difesa che andasse oltre i principi di necessità e proporzionalità sarebbe sicuramente illecita" [13].

A questo punto si pone il problema della valutazione della "necessità" e della "proporzionalità" nei vari casi, in mancanza di una specifica norma relativa all'impiego delle armi nucleari. Va premesso che la valutazione dell'impiego delle armi nucleari alla luce della necessità militare e della proporzionalità in base al diritto bellico non appare agevole, data la difficoltà (se non l'impossibilità) di definire un parametro di valutazione. La considerazione del carattere distruttivo delle armi nucleari, e l'enormità dei danni prodotti dall'impiego di esse, rendono praticamente impossibile una legittimazione dell'impiego di tali strumenti bellici, anche in previsione di una vittoria militare [14]. Come la Corte internazionale di Giustizia ha puntualizzato, anche in caso di legittima difesa l'utilizzazione delle armi nucleari, sarebbe "généralement contraire" ai principi e alle regole di diritto umanitario [15].

La Corte non si è comunque pronunciata in modo esauriente e dettagliato sul problema dell'uso dell'arma nucleare come risorsa estrema per salvare lo Stato aggredito dall'estinzione.

I politologi parlano di "dilemmi della sicurezza", ponendo l'accento sull'inevitabile "sfiducia reciproca" che scaturisce da comportamenti e azioni unilaterali volti a rafforzare la sicurezza di un Paese con l'impiego di strumenti di violenza bellica estrema, per prevenire attacchi minacciati: le reazioni intese a contenere i danni derivanti da tali azioni potrebbe infatti pregiudicare la sicurezza del Paese che, ritenendosi minacciato, agisce in legittima difesa [16].

---

[13] Vedi RONZITTI N., *La Corte internazionale di Giustizia e la questione della minaccia o dell'uso delle armi nucleari*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 1996, p. 861 e ss.; LEANZA U. - SICO L., *Uso e minaccia di uso di armi nucleari in due recenti pareri della Corte internazionale di Giustizia*, in *La comunità internazionale*, 1997, p. 653 e ss. Il testo dei pareri in questione è riprodotto in *Rivista di diritto internazionale*, 1996, p. 994 e ss.

[14] Per considerazioni al riguardo, sulla base del principio di proporzionalità, vedi CANNIZZARO E., *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffré, 2000, p. 320 e ss.

[15] Vedi il parere consultivo della Corte internazionale di Giustizia dell'8 luglio 1996, in Recueil 1996, p. 4 e ss. Vedi in particolare i paragrafi 74 e ss. del parere.

[16] Sui "dilemmi della sicurezza", segnatamente all'epoca della Guerra Fredda, vedi GADDIS J.L., *La guerra fredda*, cit., p. 34 e ss.

3.

Il concetto di "sicurezza umana", in quanto consistente nell'esigenza di proteggere popolazioni e individui nei confronti di situazioni altamente pericolose per la loro incolumità e per la loro stessa sopravvivenza, è assai complesso nei suoi contenuti; talora esso può porsi in termini antitetici rispetto a quello di "sicurezza nazionale" dello Stato in cui la comunità umana è stanziata. La sopravvivenza della comunità umana viene messa inevitabilmente a rischio da eventi bellici, e resa precaria dall'uso, nel corso dei conflitti, di armi e tecnologie distruttive che vengono presentate come elementi di "dissuasione" nei confronti della prosecuzione del conflitto, o del "primato" di uno Stato.

Va comunque notato come certe iniziative tendenti alla proliferazione delle armi distruttive (come l'arma atomica) vengano interpretate non tanto nel senso della dissuasione e della tendenza a diffondere timori e panico con mire di potenza da parte di Stati e di governi animati da ambizioni di primato in ambito internazionale, quanto determinate da esigenze di autodifesa di entità statali esposte a rischi di aggressioni esterne. Il rilievo non implica peraltro una legittimazione internazionale di iniziative e di pratiche tendenti alla proliferazione tali da compromettere gli equilibri internazionali, innescando un vero e proprio "gioco al massacro".

A partire dal 1991 gli Stati Uniti hanno promosso un programma volto a contenere i rischi di proliferazione posti dall'arsenale della dissolta Unione Sovietica: il "Cooperative Threat Reduction Program (CTRP)", il quale ingloba tutte le azioni e le iniziative intraprese congiuntamente da parte delle autorità americane, russe, ucraine, bielorusse e kazake per gestire l'eredità sovietica [17].

La posizione della Russia nel post Guerra Fredda, in relazione alla dissuasione nucleare ed alla questione del nucleare militare, è stata espressa in due Documenti adottati rispettivamente il 10 gennaio ed il 21 aprile 2000. In base a tali Documenti l'esercizio della dissuasione nucleare appare finalizzato a prevenire un'aggressione contro la Russia ed i suoi alleati [18]. Le condizioni dell'utilizzazione dell'arma nucleare, quali posso-

---

[17] Vedi Lecomte G., *L'industrie nucléaire en Russie*, in "Questions internationales". La Russie. La documentation Française, n. 27, 2007, p. 73 e ss.

[18] Il richiamo ai Documenti anzidetti è contenuto in Boniface P. – Courmont B., *Le monde nucléaire*, cit., p. 153.

no desumersi dai Documenti anzidetti, hanno comunque dato luogo ad interpretazioni contraddittorie, sia da parte dei Russi che da parte degli Occidentali.

Certamente le questioni inerenti la gestione del nucleare militare debbono essere concordate, in linea di principio. È quanto si desume anche da un recentissimo Documento congiunto dei due Presidenti uscenti degli Stati Uniti d'America e della Federazione russa, George Bush e Vladimir Putin; nell'Atto in questione è stato espresso l'interesse "a creare un sistema per rispondere alle potenziali minacce missilistiche, nel quale la Russia, gli Stati Uniti e l'Europa parteciperanno come partners paritari" [19].

A) Il Trattato sulla non proliferazione delle armi nucleari (TNP), aperto alla firma il 1º luglio 1968 (dopo più di dieci anni di negoziati) ed entrato in vigore a partire dal 5 marzo 1970, è il meno recente dei trattati sul controllo degli armamenti.

L'obiettivo del TNP è quello di limitare il più possibile il numero delle potenze nucleari. Al momento della firma del Trattato gli Stati detentori dell'arma nucleare erano cinque (Stati Uniti, Unione Sovietica, Cina, Francia e Gran Bretagna).

Il TNP ha una portata universale, in quanto si indirizza sia alle Potenze nucleari che agli Stati, firmatari o non, del Trattato.

In base al TNP le Potenze nucleari non hanno il diritto di assistere altri Stati nelle loro ricerche sul nucleare, né di prestare loro assistenza per un trasferimento di tecnologie.

Il TNP concerne tanto la proliferazione orizzontale che quella verticale; non solo, cioè, il fenomeno dell'acquisto della disponibilità di armi nucleari ad opera di Stati originariamente non detentori delle stesse (proliferazione orizzontale), ma anche la proliferazione verticale, la quale concerne l'aumento in quantità, in potenza ed in precisione delle bombe, come dei relativi strumenti di lancio, degli arsenali nucleari degli Stati già dotati di armi atomiche. In base all'art. IX, punto 3 del TNP, l'espressione "Stati dotati di armi nucleari" viene riferita agli Stati che avessero fabbricato o fatto esplodere un'arma nucleare o altro congegno nucleare esplosivo prima del 1º gennaio 1967. Al momento dell'apertura alla firma del TNP la qualifica di "Stati dotati di armi nucleari" avrebbe potuto essere quindi estesa, oltre agli USA, all'URSS e al Regno Unito, anche

[19] Vedi "Il Corriere della Sera", 7 aprile 2008, p. 14.

alla Francia e alla Cina, che avevano fabbricato e fatto esplodere un'arma nucleare prima della data di cui sopra, e che avevano ben presto seguito gli Stati Uniti anche nella fabbricazione e sperimentazione delle armi termo-nucleari.

Il disarmo nucleare cui tende il TNP è unicamente il disarmo degli Stati non dotati di armi nucleari, che abbiano ratificato il Trattato o vi abbiano aderito. Si tratta quindi, come tempo addietro, opportunamente, notava Giuliano, di un tipico esempio di "trattato ineguale": un Trattato, cioè, che impone obblighi soltanto a carico di una o più delle sue parti (le parti non dotate di armi nucleari), lasciando libere le parti contraenti dotate di armi nucleari di agire discrezionalmente [20].

Di notevole significato, nell'ottica della promozione di un disarmo generale e completo, è l'art. VI del TNP, secondo cui "ciascuna delle parti del Trattato si impegna a condurre negoziati in buona fede su efficaci misure relative alla cessasione della corsa agli armamenti nucleari e al disarmo nucleare, e su un Trattato di disarmo generale e completo sotto un rigoroso ed efficace controllo internazionale". Attualmente 189 Stati aderiscono al TNP. L'India, il Pakistan ed Israele non vi hanno ancora aderito.

B) Il TNP distingue, come si è già detto, tra Stati dotati di armi nucleari e Stati che non lo sono, ed esige da questi ultimi che le loro capacità nucleari vengano utilizzate a fini pacifici. L'Agenzia internazionale dell'energia atomica (AIEA), istituita nel 1957 con sede a Vienna, ha instaurato un sistema di controllo sugli Stati sospettati di attivarsi per disporre di armi nucleari. Durante il trascorso cinquantennio numerosi Stati sono stati sottoposti alle ispezioni dell'AIEA. Nel mirino dell'AIEA sono stati recentemente soprattutto l'Iran e la Corea del Nord (la quale ha condotto vari "tests" nucleari che costituiscono una violazione del TNP)[20 bis].

L'Iran, in particolare, è stato prospettato come il più pericoloso sul piano internazionale a motivo della sua collocazione geografica, del radicalismo di certi suoi orientamenti e posizioni (segnatamente nei confronti di Israele), e della possibilità dell'impiego dell'energia nucleare a fini bel-

---

[20] Vedi GIULIANO M., *L'Italia e la sicurezza nazionale nell'era nucleare*, in *La Comunità internazionale*, 1983, p. 665 e ss.

[20 bis] Con riferimento alla "questione iraniana" vedi ANNIBALE S., *La questione iraniana. Dichiarazione del Presidente iraniano. Programma nucleare iraniano*, in *Riv. della cooperazione giuridica internazionale*, n. 25, 2007, p. 49 e ss.

lici. Taluni materiali fissili (come l'uranio arricchito ed il plutonio) rappresentano dal punto di vista tecnologico le sostanze maggiormente suscettibili di essere sottratte all'utilizzazione pacifica per essere destinate a scopi militari.

Pure nella consapevolezza del diritto di ogni Stato di svolgere attività nel settore del nucleare civile, ci si interroga oggi sul rapporto tra il nucleare militare e quello civile, in quanto l'uranio o il plutonio possono venire utilizzati per la produzione di elettricità oppure per la fabbricazione di bombe.

C) Nel 1956 il Piano Baruch, presentato all'ONU, si prefiggeva anche l'obiettivo di impedire che l'utilizzazione a fini civili dell'energia atomica potesse condurre alla fabbricazione di armi. Il Piano fu però condannato al fallimento.

Il Trattato sulla non proliferazione delle armi nucleari autorizza lo sviluppo di tecniche nucleari in ogni Paese, discriminando tra i Paesi già dotati di armi nucleari al momento della sua stipulazione e quelli che non lo erano, cui sono precluse attività nel settore del nucleare militare. Ciò, come viene rilevato [21], può incentivare possibilità di attività e di programmi clandestini da parte di proliferanti, volti alla trasformazione del nucleare civile a fini militari. La questione si pose già nel 1970, quando l'impiego di nuovi materiali consentì di utilizzare una tecnica di arricchimento dell'uranio – la centrifugazione – che si presta ad attività clandestine. Nel 1991 la scoperta in Iraq di un gigantesco programma militare fondato su questa tecnica ha dimostrato la possibilità di costruire clandestinamente una installazione nucleare.

In realtà il rischio più grave è lo sviluppo di attività clandestine. Il pericolo sta nel fatto che uno Stato converta a fini militari un'installazione di arricchimento per centrifugazione costruita per usi civili, o che riproduca in una installazione clandestina le tecniche acquisite in una installazione destinata ad usi pacifici.

D) Al TNP sono stati affiancati altri Trattati in dimensione universale concernenti gli esperimenti nucleari, i trasferimenti di materiale sensibile

---

[21] Vedi Le Guelte G., *Nucléaire civil, nucléaire militaire*, in "Questions internationales", La documentation Française, 2007, n. 24, p. 17 e ss.; Idem, *La prolifération dans une économie en voie de mondialisation*, in *Politique étrangère*, 2004, 3, p. 625 e ss.

ed i trasferimenti di missili, ed una serie di accordi regionali e bilaterali, tendenti alla denuclearizzazione di zone [22].

Il 24 settembre 1996 le Nazioni Unite aprirono alla firma il CTBT (Comprehensive Test Ban Treaty) che vieta tutti gli esperimenti nucleari. Il CTBT è stato sottoscritto da 150 Paesi ad eccezione dell'India e del Pakistan, ed è stato ratificato (almeno sinora) da ventidue Stati. Il Regno Unito e la Francia l'hanno ratificato il 6 aprile 1998, la Russia il 30 giugno 2000. Gli Stati Uniti non l'hanno ancora ratificato; se pure non inclini a nuovi esperimenti nucleari , le Autorità statunitensi sono evidentemente riluttanti ad impegnarsi all'infinito [23].

L'importanza del CTBT si evidenzia, oltre che sul piano strategico-militare, anche sul piano ecologico, in quanto si prefigge di liberare l'ambiente dalla radioattività. Oltre al divieto di tutti gli esperimenti di tutte le armi nucleari, il CTBT tende a porre fine alla contaminazione dell'ambiente umano mediante sostanze radioattive.

La consapevolezza di pericoli per l'ambiente umano, e per la sicurezza e la salute umana, legati all'utilizzazione dell'energia nucleare, è da tempo avvertita dalla dottrina, oltre che dall'opinione pubblica più qualificata che invitano costantemente i responsabili di governi e di industrie nucleari a migliorarne l'uso sicuro.

4.

Per quanto concerne l'uso sicuro del nucleare civile, vi è il problema della sicurezza degli impianti, poiché le centrali nucleari, nei vari Paesi non presentano lo stesso grado di affidabilità, per cui il problema va im-

---

[22] Così il Trattato di Tlatelolco, comprendente tutti gli Stati del Centro e del Sud America, ad eccezione di Cuba, tendente ad eliminare la proliferazione nucleare nella zona, entrato in vigore nel 1968; il Trattato di Pelindaba, sottoscritto al Cairo l'11 aprile 1996, cui hanno aderito 51 Paesi del Continente africano; il Trattato di Rarotonga, firmato dall'Australia, dalla Nuova Zelanda, dalle Isole Cook, Fidji, Kiribati, Niue, Tuvalu e Samoa occidentale, e ratificato l'11 dicembre 1986; il Trattato di Bangkok, firmato da 10 Stati del Sud Est asiatico (Birmania, Brunei, Cambogia, Indonesia, Laos, Malaisia, Filippine, Singapore, Tailandia, Vietnam) il 15 dicembre 1995, e tendente alla denuclearizzazione della regione. Vedi BONIFACE P. – COURMONT B., *Le monde nucléaire*, cit., p. 94 e ss.

[23] Vedi *Le monde nucléaire*, cit., p. 97, in cui viene fatta esplicita menzione del Trattato dell'Antartico, firmato a Washington il 1° dicembre 1959, e ratificato il 23 giugno 1961. La zona dell'Antartico è stata la prima regione del mondo interessata alla denuclearizzazione. A partire dal 1959 le Potenze nucleari si accordarono per interdire nella zona dell'Antartico gli esperimenti nucleari, così come la posizione di basi.

postato, in primo luogo, in termini di prevenzione e di precauzione. Molti Trattati sono stati stipulati, in modo da migliorare le misure nazionali di controllo e di realizzare una più efficace cooperazione internazionale in materia, promuovendo un livello più elevato di sicurezza nucleare [24]. A tale proposito si impone la creazione ed il mantenimento, nelle installazioni nucleari, di misure efficaci contro i potenziali rischi radiologici, la prevenzione di incidenti ed il contenimento dei loro effetti, nel caso in cui abbiano a verificarsi [25]. Nel quadro delle misure preventive vengono ricomprese la garanzia di un livello di qualità elevata, la valutazione oculata e preventiva circa la sicurezza del modello tecnologico nella costruzione della centrale nucleare, nonché ispezioni periodiche ed approfondite in modo da mantenere un elevato livello di sicurezza nucleare.

L'Organizzazione delle Nazioni Unite, nella decima sessione dell'Assemblea generale, istituì, il 3 dicembre 1955, il Comitato scientifico per lo studio degli effetti delle radiazioni ionizzanti, con il compito di raccogliere, organizzare e presentare in una sintesi idonea i risultati delle ricerche svolte nei Paesi membri dell'Organizzazione. Sulle conseguenze per la specie umana dell'irraggiamento si sono riscontrate difformità di impostazione e di soluzione, che hanno contrapposto scienziati ed uomini politici [26]. Vanno certa-

---

[24] Il primo Trattato sulla sicurezza nucleare è stato firmato nel 1994 ed è entrato in vigore il 24 ottobre 1996. Vanno inoltre menzionati: la Convenzione di Vienna sulla responsabilità civile in materia di danni nucleari del 1963; la Convenzione sulla protezione del materiale nucleare del 26 ottobre 1979; la Convenzione sulla notifica rapida di un incidente nucleare e l'assistenza in caso di incidente nucleare o di situazioni di urgenza radiologica del 1986; la Convenzione sulla riparazione complementare dei danni nucleari del 29 settembre 1997; la Convenzione sulla sicurezza della gestione del combustibile usato e sulla sicurezza della gestione delle scorie radioattive del 29 settembre 1997. Vedi BASSAN F., *Gli obblighi di precauzione nel diritto internazionale*, cit., p. 65, particolarmente note 111, 112 e 113.

[25] Vedi BASSAN F., *Gli obblighi di precauzione ...*, cit., p. 65.

[26] Vedi AGENO M., *La difesa dalle radiazioni ionizzanti: Rapporto del Comitato scientifico delle Nazioni Unite per lo studio degli effetti delle radiazioni ionizzanti*, in *La Comunità internazionale*, 1963, p. 233 e ss. Nel quadro europeo il disastro nucleare di Chernobyl, in Ucraina, determinato dall'esplosione del reattore n. 4, il 26 aprile 1986, ha avuto conseguenze gravissime, contaminando un'area di vaste proporzioni nell'ex- Unione Sovietica e nel Nord Europa. L'Agenzia delle Nazione Unite per la Sanità ritiene che all'incirca 9300 persone siano decedute in seguito a cancro causato dalle radiazioni. Soltanto al termine dei lavori di installazione di una colossale struttura di contenimento delle radiazioni mortali sul luogo del disastro, Chernobyl potrà considerarsi sicura. Vedi, per precisazioni al riguardo, "Chernobyl Reactor to Get Giant Steel Coffin", by M. DANILOVA, in "The Petersburg Times", April 29, 2008, p. 3.

mente considerati non solo gli effetti immediati dell'irraggiamento sugli individui, ma anche quelli sulla discendenza degli individui irraggiati.

Una causa importante dell'irraggiamento sono i rifiuti radioattivi e la dispersione di sostanze radioattive derivanti da incidenti in impianti nucleari che vanno pertanto sottoposti ad una sorveglianza continua e ad adeguati controlli.

Il Comitato scientifico dell'ONU ha considerato gli effetti cancerogeni delle radiazioni sugli essere umani, muovendo da statistiche su popolazioni colpite da esplosioni nucleari (come Hiroshima e Nagasaki). Nel primo Rapporto della Commissione per l'energia atomica al Consiglio di Sicurezza dell'ONU, in data 31 dicembre 1946, era stato tra l'altro dichiarato "scientificamente, tecnologicamente e praticamente possibile estendere fra tutte le nazioni lo scambio delle informazioni scientifiche basilari sull'energia atomica per scopi pacifici" e "controllare l' energia atomica sino al punto necessario per assicurarne l'uso per scopi esclusivamente pacifici" [27].

Le Nazioni Unite sono state concepite come un centro in cui si armonizzano, nel conseguimento di fini comuni, gli sforzi delle nazioni, con fini di pace. Spesso, però, i vari governi che ne fanno parte gestiscono la loro politica estera e di sicurezza senza tenere in debito conto gli impegni derivanti dall'appartenenza all'Organizzazione, ed i principi che ne sono alla base.

5.

Il proposito di frenare la corsa agli armamenti nucleari nel post Guerra Fredda non si è compiutamente realizzato, dato che alcuni Stati, come il Pakistan, l'India (che il 3 marzo 2006 ha raggiunto un accordo con gli Stati Uniti sul nucleare civile che indebolisce il TNP e discrimina gli altri Stati non nucleari) e Israele, si sono dotati dell'arma nucleare e non sono parti del Trattato sulla non proliferazione.

Un nodo spinoso per l'ONU è sempre stato, e continua ad essere, il Medio Oriente, cui l'Organizzazione mondiale non ha sinora saputo o potuto imporre soluzioni adeguate.

In alcune risoluzioni l'Assemblea generale ha chiesto ai Paesi del Me-

---

[27] Vedi AGENO M., *La difesa dalle radiazioni ionizzanti* ..., cit., p. 233 e ss. Il Comitato scientifico dell'ONU per lo studio degli effetti delle radiazioni ionizzanti (UNSCEAR) ha tenuto la sua 44ª sessione a Vienna dal 24 maggio al 2 giugno 2006. La 55ª sessione si è svolta, sempre a Vienna, dal 21 al 25 maggio 2007. L'UNSCEAR si compone attualmente di 21 membri, tra cui gli Stati Uniti, il Regno Unito, la Francia e la Federazione russa.

dio Oriente che non hanno ratificato il TNP, nell'attesa dell'istituzione in Medio Oriente di una zona immune da armi nucleari, di sottoporre tutte le loro capacità e attività nucleari alle misure di garanzia previste dall'Agenzia internazionale per l'energia atomica e, quindi, di non fabbricare, mettere a punto o acquistare armi nucleari, e di non autorizzare la presenza sul loro territorio o su altri sottoposti alla loro sovranità, di armi o esplosivi nucleari.

Israele è, nel quadro medio-orientale, l'unico Paese a possedere un armamento nucleare, e, pur non avendo ratificato il TNP, ha conservato il diritto di produrre armi nucleari e di mantenere le installazioni nucleari nel proprio territorio. Gli Israeliani ritengono di essere in una situazione eccezionalmente grave, in quanto l'esistenza stessa del loro Stato è stata per lungo tempo contestata da parte degli Stati vicini, e lo è ancora da parte dell'Iran [28].

A) Nel concetto di "sicurezza internazionale", a fini di sicurezza di Stati e di nazioni, vengono ricompresi tutti i processi collettivi intesi a promuovere la sicurezza, sia mediante l'azione delle Nazioni Unite e dei meccanismi all'uopo predisposti nel quadro dell'Organizzazione mondiale, sia mediante gli interventi di sicurezza delle Organizzazioni internazionali regionali competenti.

Il Cap. VII della Carta di San Francisco prevede interventi coercitivi azionati dal Consiglio di Sicurezza nel caso di gravi minacce o violazioni della pace o per respingere atti di aggressione. Gli interventi coercitivi

---

[28] Il programma nucleare israeliano è nato nel 1956 dalla coalizione formata tra il governo francese di Guy Mollet e quello di David Ben Gourion contro l'Egitto di Nasser, che era allora il nemico irriducibile di Israele, e che la Francia accusava di appoggiare il Fronte algerino di liberazione nazionale. Nel corso degli anni le Autorità israeliane mantennero nella questione del nucleare militare una posizione intransigente: nel caso in cui l'esistenza del loro Paese fosse stata minacciata, le armi nucleari avrebbero potuto venire utilizzate. La conclusione di un Trattato di pace con l'Egitto, la schiacciante superiorità di Israele nel settore delle armi classiche ed il sostegno degli Stati Uniti consentirono ad Israele di evitare una grande conflagrazione armata con gli Stati vicini, nonostante l'instabilità e le tensioni nell'area. Per dirla con Raymond Aron, "se la guerra è probabile, la pace resta possibile". A tutt'oggi lo Stato di Israele non ha aderito al Trattato sulla non proliferazione delle armi nucleari. In occasione della Conferenza di proroga del TNP, nel 1995, si era ipotizzato che Israele avrebbe aderito ad una zona esente da armi nucleari due anni dopo la conclusione di un trattato di pace tra tutti gli Stati della regione, compreso l'Iran. Vedi, anche per le citazioni bibliografiche e documentali, Le Guelte G., *Israël, puissance nucléaire*, in "Questions internationales", La documentation Française, n. 28, 2007, pp. 30-31.

implicanti l'uso della forza armata in base all'art. 42 e seguenti non hanno però potuto esprimersi autonomamente, data la difficoltà della creazione di Forze militari permanenti a disposizione dell'ONU. Il Consiglio di Sicurezza ha pertanto inaugurato una "prassi autorizzativa" all'uso della forza armata da parte di coalizioni di Stati, per supplire alla carenza di azione diretta [29]. Per motivazioni di realismo politico e di sicurezza internazionale sono state anche costituite, soprattutto a partire dal 1956, Forze operative di pace in varie zone del mondo teatro di crisi e di conflitti. Tali Forze si caratterizzano, rispetto alle Forze militari permanenti, per il fatto che esse non hanno un potere di coercizione militare, ma possono fare uso delle armi soltanto per autodifesa nel caso di conflitti in atto, sempre che il Consiglio di Sicurezza, come talora è avvenuto [30], non attribuisca ad esse il potere di fare uso della forza in situazioni di conflitto armato di particolare gravità, e nel caso in cui vi sia un collasso totale o parziale del sistema di governo del Paese in cui sono stanziate. L'estensione dei poteri delle "peace-keeping operations" in certi casi è stata però criticata. Viene spesso eccepita anche l'inadeguatezza di azioni dei "caschi blu" in situazioni particolarmente critiche.

L'imparzialità richiesta agli interventi operativi delle Forze di pace rispetto alle parti coinvolte nelle crisi e nei conflitti, nel rispetto del consenso dei governi o delle fazioni che esercitano una giurisdizione o un controllo sul territorio o parte di esso, sminuisce spesso l'incisività e l'efficacia degli interventi umanitari. Si pongono talvolta anche problemi di rapporti tra gli interventi umanitari internazionali e quelli predisposti a livello locale, non sempre compatibili [31].

Il disordine attualmente riscontrabile nel contesto internazionale nei rapporti tra comunità umane in Paesi usciti da un conflitto (come in Iraq), pone l'esigenza di ricercare gli strumenti più adeguati per rimediare alle conseguenze del conflitto, organizzare la ricostruzione delle infra-

---

[29] Vedi particolarmente CASSESE A., *Diritto internazionale II. Problemi della comunità internazionale*, a cura di P. GAETA, Bologna, Il Mulino, p. 43 e ss.

[30] Basti pensare al caso del "peace keeping" che operava in Somalia, cui vennero attribuiti poteri coercitivi nel passaggio da UNOSOM I a UNOSOM II. Anche l'UNPROFOR operante in Bosnia fu autorizzato dal Consiglio di Sicurezza, con risoluzione 836 del giugno 1993, a prendere le misure necessarie, incluso l'uso della forza, per reagire ai bombardamenti contro le aree protette ad opera di ciascuna delle parti in conflitto.

[31] Vedi al riguardo le considerazioni di DAVID D., *Les enjeux de sécurité*, in "Les relation internationales. Les notices", La documentation Française, 2006, p. 128 e ss.; IDEM, *L'ONU face au nouvel « agenda » de la sécurité mondiale*, in "Questions internationales", n. 11, 2005, p. 36 e ss.

strutture e ricomporre il tessuto sociale atto a canalizzare gli interventi provenienti dall'esterno, in modo da renderli compatibili con le esigenze interne.

B) All'Organizzazione delle Nazioni Unite, in tempi recenti, sono state affidate importanti e delicate funzioni non solo di aiuto e di assistenza umanitaria, ma anche di gestione della ricostruzione di aree territoriali distrutte, e di riorganizzazione di assetti governativi. Basti pensare all'Amministrazione provvisoria delle Nazioni Unite in Kosovo (UNMIK), creata con la risoluzione del 10 giugno 1999 n. 1244 [32], e all'Amministrazione provvisoria delle Nazioni Unite a Timor Est, creata con la risoluzione del 25 ottobre 1999 n. 1272 [33]. In questi casi è spettato all'ONU il compito di organizzare strutture provvisorie di governo del territorio e di controllarne il funzionamento, nonché di presiedere al trasferimento di poteri dalle istituzioni provvisorie a quelle definitive.

Nel Rapporto dei sedici Saggi (High-level Panel), incaricati dall'ex-Segretario generale dell'ONU Kofi Annan di fare proposte a fini di riforma dello Statuto delle Nazioni Unite, era stata raccomandata la creazione della Commissione di consolidamento della pace quale organo sussidiario in base all'art. 29 dello Statuto, con il compito di aiutare gli Stati sottoposti a tensioni o teatro di conflitti "à se donner les moyens d'exercer leur souveraineté de manière efficace et responsable" [34].

Il 20 dicembre 2005 il Consiglio di Sicurezza e l'Assemblea generale dell'ONU hanno adottato due risoluzioni di contenuto identico, con cui è stata istituita la "Commissione di consolidamento della pace" [35], finalizzata alla gestione nella transizione degli Stati coinvolti in gravi crisi e conflitti verso una pace duratura. L'istituzione della Commissione di consolidamento della pace ha seguito di una settimana la creazione di un

---

[32] Vedi GUILLAUME, MARBICH et ETIENNE, *Le cadre juridique de l'action de la KFOR au Kossovo*, in *Annuaire français de droit international*, 1999, p. 308 e ss.

[33] L'UNTAET ha operato sino al 2002. Quando il territorio, divenuto Stato indipendente, è stato ammesso all'ONU con la denominazione di Timor Est, è stato assistito da una forza multinazionale di "peace keeping", detta UNMISET. Vedi CAHIN, *L'action internationale au Timor oriental*, in *Annuaire français de droit international*, 2000, p. 139; ABLINE, *De l'indépendance de Timor oriental*, in *Revue générale de droit international public*, 2003, par. 261.

[34] Cfr. DocA/59/565 del 2 dicembre 2004, par. 261.

[35] Sulla Commissione di consolidamento della pace vedi PANELLA L., *La Commissione di consolidamento della pace: un successo delle Nazioni Unite ?*, in *Riv. della cooperazione giuridica internazionale*, 2006, n. 23, p. 54 e ss.

"Fondo centrale di urgenza umanitaria", istituito il 15 dicembre 2005. Tale Fondo, a detta di Kofi Annan, dovrebbe consentire all'ONU "de faire plus et plus vite, de manière plus efficace et plus équitable", in caso di crisi e di catastrofi naturali.

Un ruolo determinante, per quanto spesso contestato, può essere svolto dalle organizzazioni internazionali non governative, le quali non possiedono però strutture adeguate di sicurezza, e talora non sono in grado di fronteggiare situazioni particolarmente difficili e controverse.

La "sicurezza umana", nel rispetto delle norme di diritto internazionale umanitario e delle esigenze fondamentali di comunità umane in situazioni di disagio e di pericolo, è un obiettivo non facilmente raggiungibile in ambienti devastati da contrapposizioni politiche ed etniche, e resi vulnerabili dalla carenza di adeguate strutture sociali e sanitarie.

Le varie emergenze umanitarie esistenti in Paesi travagliati da conflitti (oltre che dal sotto-sviluppo) favoriscono una emigrazione incontrollabile ed incontenibile verso Paesi spesso poco inclini ad accoglierla, sia per motivi di carattere economico, dati dalla insostenibilità dei costi relativi all'integrazione degli immigrati, sia per motivi di sicurezza interna nei Paesi di accoglienza, nel caso della presenza, nei gruppi di immigrati, di elementi dediti ad attività illecite e criminali.

6.

La sicurezza, oltre che la salute umana, vengono messe a repentaglio da cause naturali talora difficilmente quantificabili e controllabili: si pensi in particolare ai danni provocati alle popolazioni e all'economia dall'inquinamento atmosferico e idrico, alla cattiva gestione del territorio, allo sfruttamento eccessivo delle risorse idriche, alla distruzione degli ecosistemi e delle specie.

Sulla salute umana influiscono notevolmente la qualità dell'ambiente e i livelli di inquinamento. Come è stato recentemente evidenziato da studi sulla salute, anche i cambiamenti climatici producono conseguenze di rilievo sulla salute ed il benessere degli esseri umani (oltre che sulle specie animali), sia direttamente – per il variare di temperature e precipitazioni – sia indirettamente, come risultato di cambiamenti in ecosistemi, risorse idriche, sicurezza alimentare o biodiversità [36].

[36] Cfr. "L'ambiente per gli Europei". Supplemento al n. 28, p. 3 e ss.

Come si dirà anche in seguito, e come ha recentemente rilevato Javier Solana nel quadro dell'Unione Europea, "i cambiamenti climatici stanno incidendo profondamente sulla sicurezza internazionale" [37]. I cambiamenti climatici sono giustamente considerati un moltiplicatore di minacce: aggravano le tensioni e le sollecitazioni nazionali e internazionali, rischiando "di sopraffare Paesi e regioni già di per sé fragili ed esposti a conflitti". Le minacce alla sicurezza internazionale dovute al cambiamento climatico sono costituite dal "conflitto per le risorse, soprattutto laddove l'accesso alle medesime è politicizzato". Si pensi in particolare ai problemi dati dalla riduzione dei seminativi, dalla diminuzione delle scorte alimentari e ittiche, dall'aumento delle alluvioni e dalle siccità prolungate. La carenza idrica, come evidenzia anche Solana, è suscettibile di causare disordini civili, soprattutto nel contesto africano, date le tensioni esistenti tra etnie e la difficoltà di adattamento e di intervento [38].

Le conseguenze date dai cambiamenti climatici sono riscontrabili anche a livello di flussi migratori, che saranno in costante aumento se non verranno prese le opportune misure di contenimento del fenomeno: le c.d. "immigrazioni ambientali" rischiano infatti di aumentare i conflitti nelle zone di transito e di destinazione e di "provocare maggiori tensioni tra i diversi gruppi etnici e religiosi, nonché una radicalizzazione politica".

A) Gravi rischi provengono anche da pandemie diffuse in varie parti del mondo. In particolare l'AIDS, che si è diffuso a macchia d'olio soprattutto nel continente africano, mietendo ogni anno milioni di vittime. Dal Rapporto congiunto dell'Agenzia ONU per l'AIDS, l'UnAids, e dell'Organizzazione mondiale della Sanità (OMS) si desume che il numero delle persone infettate è assai elevato.

Vi è polemica tra gli scienziati sulle stime dell'infezione e sui fondi per combattere l'epidemia nei vari Paesi. L'UnAids è stata accusata di gonfiare le cifre per motivi politici e per attirare fondi pubblici che, a giudizio di taluni, potrebbero essere meglio spesi per combattere l'effetto serra. Nel mirino è stato soprattutto lo scienziato belga a capo dell'U-

---

[37] Vedi SOLANA J., "Se l'ordine del mondo è minacciato dal clima", in "La Repubblica", 21 marzo 2008, p. 29.

[38] SOLANA J., Se l'ordine del mondo è minacciato dal clima, cit., p. 29. Sulle problematiche date dal clima e dai cambiamenti climatici nella considerazione dei rischi che ne derivano, vedi "*Le climat: risques et débats*", in "Questions internationales", La documentation Française n. 38, 2009, in cui si pone l'accento sull'assistenza finanziaria e tecnica sul settore climatico, e su una più stretta cooperazione tra i Paesi sviluppati e quelli in sviluppo.

nAids, Peter Piot, il quale si batte da anni per aumentare i fondi per combattere l'epidemia di AIDS. Le risorse finanziarie disponibili, finalizzate alla prevenzione di questa devastante malattia, sono in sensibile aumento, ma sono ancora insufficienti a prevenire e a contenere i contagi. Nell'Africa sub-sahariana – che è la regione più gravemente colpita dall'epidemia di AIDS – si contavano, nel 2003, più di tre milioni di nuovi infettati, e più di due milioni di decessi, secondo il nuovo rapporto sull'epidemia mondiale di AIDS, pubblicato a cura del Programma comune delle Nazioni Unite e dell'OMS [39].

Nel 2007, secondo il Dr. Paul Zeitz, direttore esecutivo di "Global Aids Alliance", il virus letale ha ucciso 21 milioni di persone nel mondo. Tra le persone infettate, le donne pagano il prezzo più alto, a motivo dell'insufficienza della campagna di sensibilizzazione alla malattia.

L'epidemia di AIDS minaccia anche la Cina, l'India, l'Indonesia e la Russia, in conseguenza dell'uso di droghe iniettabili per via endovena e di rapporti sessuali non protetti. Secondo i rapporti dell'ONU e dell'OMS anche i Paesi dell'Europa orientale e dell'Asia centrale potrebbero divenire sede di gravi epidemie; i giovani, in particolare, per il loro stile di vita, appaiono i più esposti al contagio.

B) Nei Paesi più a rischio vanno pertanto intensificati i controlli, e va migliorato l'accesso ai trattamenti precauzionali e curativi. A tal fine vanno anche limitate le discriminazioni nei confronti dei portatori del "virus", in modo che essi accettino di sottoporsi ai controlli epidemiologici ed ai trattamenti curativi, senza per questo temere di essere discriminati.

La tendenza delle varie iniziative internazionali anti-AIDS è nel senso di un approccio globale alla problematica.

Sul piano dell'organizzazione internazionale, particolarmente coinvolta nell'impegno della prevenzione e dei controlli è l'Organizzazione mondiale della Sanità (OMS). Anche l'Organizzazione mondiale del Commercio (WTO) svolge un ruolo importante nella circolazione dei medicamenti e delle terapie curative della malattia. La preservazione di un ambiente umano "sicuro", in quanto immune da inquinamenti e da contagi, costituisce un impegno prioritario nel quadro internazionale globale.

---

[39] Vedi "*L'épidémie du SIDA dans le monde. L'ONUSIDA et OMS*", in "Questions internationales", 2004, n. 7, p. 116 e ss.; ELBEN Y., *Sida, un enjeu global de sécuruté,* in *Politique étrangère*, 1/2005.

7.

La tematica ambientale era stata posta all'attenzione della comunità internazionale già a partire dal XIX secolo, soprattutto nel quadro di trattati a contenuto prevalentemente economico [40]. Successivamente e gradualmente essa ha dato luogo ad una trattazione più specifica e approfondita, contemporaneamente all'apparire delle prime associazioni di tutela dell'ambiente naturale [41]. Dopo la seconda Guerra mondiale il sistema dell'ONU, comprensivo delle Istituzioni specializzate e delle Organizzazioni non governative collegate con l'ONU, ha impresso alla tematica ambientale una dimensione multilaterale.

A) Nel corso degli anni 1970 e 1980, anche a seguito di eventi catastrofici naturali ed industriali (come quello di Bhopal in India, di Chernobyl in Ucraina, di Bâle, delle maree nere di Almocco Cadiz) si è dato notevole impulso alla disciplina ambientale internazionale.

Si sono moltiplicati gli accordi multilaterali, le Convenzioni e i Protocolli vincolanti adottati sotto l'egida dell'ONU. Tra questi vanno particolarmente menzionati: la Convenzione conclusa a Ginevra il 13 dicembre 1979 sull'inquinamento atmosferico transfrontaliero a lunga distanza [42]; la Convenzione per la protezione della fascia di ozono, fatta a Vienna il 22 marzo 1985 [43]. A quest'ultima Convenzione, di contenuto eminentemente programmatico, ha fatto seguito un Protocollo fatto a Montreal il 16 settembre 1987, che obbliga le parti a ridurre progressivamente la produzione di sostanze che possono danneggiare in modo consistente la fascia di ozono.

Risale al 1989 la Convenzione di Bâle, volta alla regolamentazione dei movimenti transfrontalieri di rifiuti tossici pericolosi per l'ambiente.

L'incidente nucleare di Chernobyl, causato dallo scoppio di un reattore nucleare, ha esercitato una spinta propulsiva per la conclusione di due

---

[40] Vedi MÜHLENHÖVER E., *De l'environnement au développement durable?*, in "Les relations internationales. Les notices", cit., p. 135 e ss.

[41] Tali associazioni vengono definita "di prima generazione", come il "Sierra Club", costituito nel 1892, e la "Audubon Society", creata nel 1905. La Società nazionale della natura risale ai 1854.

[42] Vedi "Transboundary Air Pollution" (a cura di FINTERMAN, KWIATOWSKA e LAMMERS), Dortrecht, 1986.

[43] Vedi SCOVAZZI T., *Considerazioni sulle norme internazionali in materia di ambiente*, in *Riv. di dir. Internaz.*, 1989, p. 603.

importanti Convenzioni internazionali, fatte a Vienna nell'autunno del 1986: una relativa alla notificazione tempestiva di un incidente nucleare, l'altra riguardante l'assistenza in caso di incidente nucleare o di emergenza radiologica [44].

La presa di coscienza delle problematiche ambientali da parte di responsabili di Stati e di organizzazioni internazionali è divenuta inevitabile in conseguenza delle esigenze derivanti dalla crescita delle popolazioni e dei relativi bisogni, e degli obiettivi di sviluppo di aree depresse, il cui perseguimento, attraverso l'industrializzazione delle zone in sviluppo, pone questioni di impatto ambientale, nonché di finanziamento dei mezzi atti a fronteggiarle. Nel 1990 è stato creato il Fondo per l'ambiente mondiale, avente il compito di fornire le risorse finanziarie supplementari per trattare le questioni ambientali a livello mondiale dei Paesi in sviluppo e delle economie in transizione [45].

Nel 1992 ebbe luogo il Vertice della Terra a Rio de Janeiro, che si concluse con una Dichiarazione di principi relativa alle foreste, e con la Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo. Di particolare rilevanza è la Convenzione-quadro sui cambiamenti climatici, mirante a stabilizzare le concentrazioni di gas a effetto serra nell'atmosfera a un livello tale da impedire ogni perturbazione di origine umana del sistema climatico.

Come si è già detto, si nota oggi una certa preoccupazione circa il problema dei cambiamenti climatici i quali, a giudizio di molti, rappresentano un moltiplicatore di minacce alla sicurezza delle aree regionali più fragili ed esposte a tali cambiamenti, esacerbando "conditions that lead to failed States" e determinando "grounds for extremism and terrorism" [46]. Nel 1990 un "team" di ricerca dell'Università di Toronto, in Canada, aveva considerato la connessione tra le difficoltà ambientali nei Paesi poveri (quali il degrado del territorio, il disboscamento, la scarsità di acqua dolce) e la conflittualità. In vari Paesi, come Haiti, Pakistan, Filippine e Sud Africa è stato riscontrato un rapporto di interdipendenza tra le carenze ambientali più gravi, la povertà ed i conflitti interetnici. Ciò conduce gruppi umani ad emigrare verso aree urbane ove i giovani

---

[44] I testi delle Convenzioni sono riportati in IAEA, Final Document. Resolutions and Conventions Adopted by the First Special Session of the General Conference, 24-26 September 1986, GC (SPL-1) Resolutions (1986).

[45] Vedi "Le développement durable: chronologie", in "Les relation internationales. Les notices", cit., p. 137.

[46] Vedi Homer-Dixon T., *Climate change and security. Terror in the weather forecast*, in "International Herald Tribune", 25 aprile 2007, p. 6.

senza una occupazione stabile, possono venire attirati da bande criminali e da "clan" di contestatori radicali e rivoluzionari.

Il problema è stato recentemente all'attenzione del "Working Group II" dell' "Intergovernmental Panel on Climate Change" delle Nazioni Unite, nel cui ambito è stato considerato l'impatto devastante sull'agricoltura e sull'alimentazione delle gravi alterazioni climatiche, con riferimento anche alla crisi del Darfur.

Nella relazione presentata recentemente da Javier Solana – Alto Rappresentante dell'Unione europea per la politica estera e di sicurezza – ai Capi di Stato e di governo dell'UE, i cambiamenti climatici sono considerati all'origine di gravi rischi politici e per la sicurezza, tali da incidere direttamente sugli interessi europei [47].

B) Il secondo Vertice della Terra, tenutosi a New York nel 1997, fece il punto sugli impegni assunti a Rio, pure nella constatazione del disaccordo tra l'Unione europea e gli Stati Uniti sulla riduzione dei gas a effetto serra.

Dopo il Vertice di Rio si assistette al moltiplicarsi di Conferenze internazionali sull'ambiente, in parte dovute alla necessità di adattamento dei testi normativi sottoscritti in precedenza. Nel Rapporto "Burtland" del 1987 venne introdotto il concetto di sviluppo durevole, nell'intento di collegare crescita economica, sviluppo sociale e protezione dell'ambiente.

Nel 2005 la protezione dell'ambiente, in quanto collegata allo sviluppo durevole, è stata presente all'attenzione delle parti alla Conferenza di Kyoto.

Nell'ambito della Terza Conferenza delle Parti alla Convenzione sul clima a Kyoto, in Giappone, fu adottato un protocollo alla Convenzione denominato "Protocollo di Kyoto" mirante ad impegnare i Paesi industrializzati (Stati Uniti, Canada, Giappone, Unione europea e Paesi dell'ex-blocco sovietico) a ridurre, tra il 2008 e il 2012, le loro emissioni di

---

[47] Vedi SOLANA J., Se l'ordine del mondo è minacciato dal clima, cit. Vedi *supra*, p. 16. L'impegno della Unione europea contro i cambiamenti climatici è rafforzato nel Trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007. il Consiglio europeo nella riunione svoltasi nella primavera del 2007, ha tenuto a sottolineare "le rôle moteur joué par l'UE dans la protection du climat au niveau international". Vedi "L'Europe face au défi du changement climatique" in "l'Union européenne. Édition Traité de Lisbonne" sous la direction de Jaques Ziller, Les notices, La documentation Française, Paris, 2008, p. 140 e ss. Sulle grandi sfide del futuro per la specie umana e per il pianeta nella ricerca di soluzioni ai problemi derivanti dai cambiamenti climatici, dalla desertificazione, dall'erosione della biodiversità, dalla crisi dell'acqua, dal degrado ambientale vedi le riflessioni contenute nel volume "Signons la paix avec la terre – Quel avenir pour la planète et pour l'éspace humaine"? Editions UNESCO/Albin Michel 2007.

gas effetto serra rispetto ai livelli del 1990, riducendo pertanto il livello di inquinamento dell'atmosfera.

L'applicazione del Protocollo di Kyoto ha incontrato varie difficoltà, data la resistenza opposta nei confronti di tale Atto da numerosi Stati. In particolare gli Stati Uniti fecero valere la loro intenzione di non conformarsi alle "regole di Kyoto", e non ratificarono il Protocollo, che è comunque entrato in vigore il 16 febbraio 2005, novanta giorni dopo la ratifica della Russia.

Negli obiettivi vincolanti della Commissione europea che si distingue per attivismo contro i gas serra, rientra non solo di ridurre del 20%, entro il 2020, i gas serra (con la possibilità di arrivare al 30% se verrà trovato un accordo con gli altri Paesi industrializzati), ma anche di portare al 20% la quota UE di energia da fonti rinnovabili. Dal 2013 verrà cambiato anche il mercato dei permessi di emissione.

C) Una questione assai dibattuta, in relazione alla salvaguardia dell'ambiente umano, è quella concernente la difficoltà di accesso all'acqua, e la carenza di risorse idriche, la quale costituisce una delle principali cause di mortalità nel mondo. La situazione rischia di peggiorare se non verranno modificate certe tendenze attuali comportanti forti perdite di acqua, come le pratiche di irrigazione agricola intensiva ed i prelievi eccessivi di acqua, a causa di sistemi inefficaci di produzione, distribuzione e utilizzo [48].

La quantità di acqua dolce disponibile sul pianeta è sempre più ridotta a causa degli abusi e degli sprechi, oltre che del malgoverno del territorio, che può dare luogo ad eventi dannosi naturali, quali inondazioni, frane, rottura di dighe.

Il "Forum mondiale" dell'acqua, costituito in Messico in marzo 2006, sulla base di una cooperazione decentralizzata, dovrebbe consentire una maggiore sensibilizzazione al problema dell'utilizzazione delle risorse idriche del pianeta e della congrua ripartizione di esse.

Sull'utilizzazione dei corsi d'acqua internazionali che attraversano il territorio di una pluralità di Stati esistono limiti internazionali, desumibili dagli accordi internazionali in materia, in modo da assicurare una equa ripartizione delle risorse e di far sì che determinate forme di utilizzazione

---

[48] Sui problemi derivanti dall'approvigionamento idrico vedi particolarmente De Villiers M., *Acqua*, con un intervento di R. Petrella, Sperling e Kupfer Ed. SpA, 2003, soprattutto p. XI e ss.

non alterino in modo sproporzionato le possibilità di utilizzazione di altri Stati [49].

Il principio dell'equa ripartizione, in quanto limite all'utilizzazione unilaterale delle risorse idriche, è stato applicato e precisato nella Convenzione sul diritto degli usi diversi dalla navigazione dei corsi d'acqua internazionali, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 21 maggio 1997, al termine di un lavoro preparatorio della Commissione di diritto internazionale [50].

Nel corso dei negoziati si evidenziarono difficoltà e divergenze tra schieramenti, soprattutto in relazione a specifici corsi d'acqua internazionali, alla luce di controversie preesistenti o nella prospettiva del loro sorgere. Divergenze e contrasti, tali da ostacolare lo svolgimento dei lavori della Commissione, opposero, in particolare, le delegazioni di Egitto, Etiopia e Sudan in relazione al Nilo, e quelle di Siria e Turchia rispetto al Tigri e all'Eufrate.

Per quanto concerne la definizione di "corso d'acqua internazionale", in base all'art. 2 della Convenzione, questo viene definito "a system of surface waters and groundwaters constituting by virtue of their physical relationship a unitary whole and normally flowing into a common terminus".

Nella Convenzione si è quindi definito un sistema fluviale comprensivo degli affluenti e degli altri canali correlati al braccio principale del fiume; vengono ricomprese nel sistema anche le componenti idrologiche sotterranee (ad esclusione delle acque sotterranee non correlate all'acqua di superficie) [51].

È fuori da ogni dubbio che attività umane svolte sul territorio circostante un corso d'acqua possono causare, attraverso infiltrazioni sotterranee, un'alterazione dell'ecosistema del corso d'acqua, con conseguenti effetti nocivi per i corivieraschi. Pertanto l'art. 3, par. 3 della Convenzione, prevede che gli Stati parti possano concludere accordi che "apply and adjust" le disposizioni della Convenzione alle caratteristiche e agli usi re-

---

[49] Vedi CANNIZZARO E., *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 195 e ss.

[50] Il testo della Convenzione è riprodotto in *Rivista di diritto internazionale*, 1997, p. 1172 e ss. Per un commento alla Convenzione vedi particolarmente TANZI, *La Convenzione di New York sui corsi d'acqua internazionali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1997, p. 956 e ss.

[51] Vedi TANZI, *La convenzione di New York sui corsi d'acqua internazionali*, cit., p. 956 e ss.

lativi a un determinato corso d'acqua. Il principio dell'equa e ragionevole utilizzazione dei corsi d'acqua va infatti considerato alla luce della "sostenibilità" dell'utilizzazione.

8.

Problemi particolari, a fini di "sicurezza umana", si pongono in relazione alle strategie di intervento, in modo da realizzare un equilibrio tra i vari mezzi di intervento nelle varie emergenze umanitarie, quali la protezione civile, l'aiuto sanitario e alimentare, l'assistenza alle frange più deboli delle popolazioni colpite. Anche mezzi di intervento militare vengono talora utilizzati per prestare adeguatamente soccorso alle popolazioni colpite, in modo da superare i limiti della competenza interna, qualora l'azione locale si riveli insufficiente.

In realtà il diritto di ingerenza nelle emergenze umanitarie ha dato luogo a numerosi dibattiti giuridici e politici con riferimento anche alle potenzialità o meno degli interventi interni, in casi di catastrofi naturali [52]. L'aiuto umanitario in casi di catastrofi naturali (quali terrorismo, inondazioni, tsunami) si è sviluppato attraverso associazioni transnazionali o internazionali, come la Croce Rossa ed altre organizzazioni non governative. Diverse iniziative sono state promosse e dibattute nel quadro delle Nazioni Unite.

Negli Atti delle Nazioni Unite è stato posto l'accento sulla necessità, per ogni Stato, di consentire, in caso di calamità naturali, il libero passaggio dei soccorsi provenienti da altri Stati, da organizzazioni intergovernative, non governative e similari.

Il 9 dicembre 1988 l'Unione Sovietica si appellò per la prima volta all'aiuto umanitario internazionale per fronteggiare le esigenze della popolazione dell'Armenia, vittima di un terribile sisma il 7 dicembre 1988.

A) Il "Bureau pour la coordination des affaires humanitaires" (Office for the coordination of Humanitarian Affairs. OCHA) è stato creato nel 1998. Tale ufficio assicura il coordinamento dell'azione delle principali Agenzie ed Istituzioni dell'ONU (UNICEF, Programma delle Nazioni Unite per lo sviluppo, Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifu-

---

[52] Vedi, tra gli altri, BETTATI M., *Le droit d'ingérence, mutation de l'ordre international*, Paris, Ed Jacob, 1996.

giati, Programma alimentare mondiale, Organizzazione mondiale della Sanità, FAO ecc...), del Movimento internazionale della Croce Rossa e delle varie organizzazioni non governative competenti [53].

In certi casi sono state create strutture specifiche di coordinamento, come per lo "tsunami" asiatico di dicembre 2004.

Il sistema internazionale di intervento umanitario, per quanto complesso, è ancora imperfetto, anche in termini di prevenzione di eventi naturali disastrosi, e di contenimento delle conseguenze di essi.

Le calamità e le catastrofi naturali hanno spesso cause politiche ed economiche connesse, come la carestia in Niger, che fu la conseguenza di una politica economica disastrosa. Il terremoto in Turchia, che fece decine di migliaia di morti il 17 agosto 1999, era sicuramente imprevedibile, ma le conseguenze prodotte sono state più gravi poiché le norme di costruzione delle abitazioni non erano state rispettate per motivi addebitabili a casi di corruzione.

Le organizzazioni non governative hanno spesso denunciato comportamenti omissivi da parte di pubbliche Autorità, casi di negligenza, di incuria e di mancanza di informazioni, tali da aggravare le conseguenze dei disastri.

In realtà il costo di eventi catastrofici della portata dello "tsunami" asiatico di dicembre 2004, come del ciclone "katrina" (che ha devastato New Orleans alla fine del 2005), e del recentissimo ciclone "Nargis" in Birmania (il cui tragico bilancio è arrivato a 100.000 vittime e a oltre 1 milione di birmani senza casa), è altissimo in termini di vite umane, oltre che di costi finanziari.

In seguito allo "tsunami" asiatico venne lanciato un appello per raccogliere fondi e finanziare l'intervento umanitario per una quarantina di organismi internazionali [54]. L'ex-Segretario generale dell'ONU Kofi Annan aveva designato l'ex-presidente degli Stati Uniti, Bill Clinton, quale inviato speciale nei Paesi colpiti dallo "tsunami" con l'obiettivo di organizzare le iniziative di ricostruzione, in modo che i finanziamenti ricevuti fossero utilmente impiegati. La prevenzione delle catastrofi naturali e la pianificazione degli interventi e degli aiuti costituiscono una componente fondamentale dell'azione condotta dall'ONU e dalle sue Istituzioni e Agenzie. Sono comunque sempre più forti le pressioni per cambiare il

---

[53] Cfr. Cock E., *Le dispositif humanitaire*, Paris, L'Harmattan, 2005.

[54] Vedi Vey Retty Y., *Risques et prévention. Les catastrophes naturelles*, in "Questions internationales", 2006, n. 19, p. 12 e ss.

sistema internazionale di governo nel settore dell'ambiente, ritenuto in genere debole e frammentario.

Il Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente (UNEP), fondato nel 1972, è stato considerato un punto cardine per le politiche ambientali. Purtroppo, però, secondo l'opinione di esperti, non ha né le risorse né il potere politico necessari per una "istituzione cardine" per l'ambiente. Si è pertanto auspicata l'istituzione di un'Agenzia con maggiori finanziamenti ed un vero potere politico, in modo da potere far fronte ai problemi più urgenti quali, ad es., il cambiamento climatico [55].

L'UNESCO sta cercando di fare emergere una "cultura della prevenzione" a livello mondiale. A tal fine occorre analizzare attentamente le cause oltre che le conseguenze delle catastrofi naturali, le quali sono favorite da una malaccorta politica ambientale e da una cattiva gestione del territorio.

B) Varie Conferenze internazionali sono state dedicate alla prevenzione di catastrofi naturali.

La Conferenza di Yokohama, convocata in maggio 1994, è stata la prima conferenza mondiale sulla prevenzione delle catastrofi naturali; nel quadro di tale Conferenza sono stati adottati una strategia e un piano di azione per un mondo più sicuro.

Ha fatto seguito la Conferenza di Kobe, in gennaio 2005, di poco successiva allo "tsunami", che ha riunito i rappresentanti di 168 Stati, 78 uffici ed agenzie delle Nazioni Unite, e 161 organizzazioni non governative. Tale Conferenza si è riallacciata a certe proposte adottate alla Conferenza di Johannesburg, nel 2002, in occasione del Vertice mondiale sullo sviluppo sostenibile.

I delegati alla Conferenza di Kobe hanno deciso di istituire un sistema di allarme mondiale per le catastrofi naturali, la siccità, gli incendi, le inondazioni, i tifoni, i terremoti, le eruzioni vulcaniche, gli "tsunami".

In seguito allo "tsunami" asiatico della fine del 2004 è stato deciso di istituire una serie di dispositivi regionali similari nell'Oceano indiano, nel Mediterraneo e nel Nord Atlantico, negli anni 2006 e 2007. È stato progettato un sistema di allarme anche per i Caraibi. Rientra negli auspici dell'UNESCO l'ampliamento di tale dispositivo, al fine di creare un sistema globale di osservazione degli oceani.

---

[55] Vedi "Una nuova organizzazione ONU nel settore dell'ambiente", in "L'ambiente per gli Europei", Suppl. al n. 28, p. 13.

L'Unione europea svolge un ruolo di sostegno agli sforzi di prevenzione delle catastrofi naturali con il programma "DIPECHO", nel quadro del "Servizio di aiuto umanitario" della Commissione [56].

Il Consiglio d'Europa ha promosso, a partire dal 1987, un accordo intergovernativo in relazione ai rischi più gravi, tra i Paesi del Mediterraneo del Sud e i Paesi dell'Europa occidentale. In tale accordo vengono considerati gli aspetti più significativi della tematica in esame, ed in particolare la prevenzione, la gestione delle crisi, le indagini post-crisi e le riabilitazioni di zone colpite.

In seguito alle inondazioni che sommersero l'Europa centrale nel 2002, la Commissione europea si prefisse di mettere a disposizione delle popolazioni colpite risorse finanziarie, e di costituire un Fondo di soccorso nel quadro comunitario in modo da consentire la ricostruzione delle strutture distrutte. I problemi finanziari, tecnici e burocratici sono molti, e spesso ostacolano rapidi interventi.

C) I Paesi sottosviluppati sono ovviamente i più esposti alle calamità e alle catastrofi naturali, ed anche i più vulnerabili, data l'eterogeneità del tessuto urbano, assai degradato, che li caratterizza. Nelle megalopoli, accanto ai quartieri abitati dalle classi più agiate, coesistono ambiti assai degradati, in cui vive la maggioranza della popolazione, in una situazione di estrema povertà, che il sopraggiungere di eventi catastrofici come alluvioni, terremoti e simili, inevitabilmente aggrava, occasionando anche episodi di intolleranza e di criminalità.

In America Latina la percentuale dei quartieri degradati è alta: il 30% circa a Medellin (in Colombia), e a San Paulo e Rio de Janeiro (in Brasile); il 50% a Bogota (in Colombia), a Caracas (Venezuela) e a San Salvador.

In tali difficili contesti urbani gli effetti di eventi catastrofici distruttivi sono maggiormente avvertibili, anche a lungo termine, data la carenza di strutture igieniche – che favoriscono epidemie – e l'inadeguatezza dell' "habitat" nei quartieri più degradati, che è precario e costruito con materiali di qualità scadente, poco resistente ai cicloni, alle inondazioni, ai terremoti.

L'aiuto internazionale, espresso in molteplici forme di iniziative, si rivela indispensabile per contenere le conseguenze più negative delle realtà più disagiate.

---

[56] Vedi particolarmente Vey Retty, *Risques et prévention*, cit., p. 19.

9.

La tematica ambientale, nei suoi vari aspetti, coinvolge oggi particolarmente Stati e organizzazioni internazionali, impegnati nella costruzione di una società e di un mondo ecologicamente compatibile con lo sviluppo umano e la conservazione del pianeta [57].

Si tende oggi alla costruzione di un nuovo "Stato sociale di diritto ambientale", con il coinvolgimento dei cittadini nei processi decisionali, in modo da ridurre le cause principali di inquinamento delle risorse naturali.

Nella Carta mondiale della natura, approvata dall'Assemblea generale dell'ONU il 9 dicembre 1982, è stato affermato che "all persons, in accordance with their national legislation, shall have the opportunity to participate, individually or with others, in the formulation of decisions of direct concern to their environment, and shall have access to means of redress when their environment has suffered damage or degradation" [58]. Il riconoscimento di tale "opportunità" (che sta assumendo la connotazione di un vero e proprio diritto) consente una partecipazione diretta degli individui ai procedimenti deliberativi in materia ambientale e di conseguenza un controllo diretto dei cittadini sull'azione degli Stati cui compete il dovere di adottare misure protettive per l'ambiente, in modo da preservarlo da inquinamenti e danneggiamenti. La Carta mondiale della natura ha enunciato alcuni principi fondamentali orientativi per i legislatori nazionali. Tale Atto ha comunque un valore meramente programmatico. Viene ricordato particolarmente l'art. 11 della Carta, per cui le attività suscettibili di avere un impatto sulla natura vanno controllate, così come vanno impiegate le migliori tecniche disponibili per ridurre le possibilità di rischio e le altre conseguenze nocive sull'ambiente naturale, a scelta degli Stati. Agli Stati spetta quindi la valutazione discrezionale delle tecniche disponibili, in base alle condizioni economiche, ecologiche e socio-culturali del Paese interessato.

Un'intensa attività di ricerca e di diffusione di informazioni scientifiche e tecniche è svolta sul piano universale dalle Istituzioni specializzate

---

[57] Vedi *Profili di diritto ambientale da Rio de Janeiro a Johannesburg*. Saggi di diritto internazionale pubblico comparato penale e amministrativo, a cura di E. Rozo Acuña, Torino, Giappichelli, 2004.

[58] Cfr. "International Legal Materials", 1983, p. 455 e ss.

dell'ONU, con l'obiettivo di orientare i legislatori nazionali nel senso di un migliore coordinamento delle rispettive politiche ambientali, a beneficio della salvaguardia dell'ambiente umano.

A) Il riconoscimento di un diritto soggettivo ad un ambiente sano e salubre, cui corrisponde un dovere di attuazione da parte dello Stato di riferimento, è oggi ammesso sul piano interno e internazionale, in quanto inscindibile dai diritti fondamentali previsti a tutela della persona umana, attuabili in una società civile [59].

Tale diritto, oltre che in dimensione specificamente individuale, è ammissibile anche in dimensione collettiva, come si desume dalla legittimazione processuale riconosciuta alle associazioni ambientaliste e ai gruppi che si proclamano difensori di interessi ambientali, o a organi pubblici come l'Ombudsman. Il diritto ad un ambiente salubre è stato concepito anche in quanto estendibile alle future generazioni, sulla base del principio dello "sviluppo sostenibile" e della "responsabilità intergenerazionale". Sul piano più propriamente giuridico non sembra comunque configurabile, da parte delle future generazioni, la titolarità di un diritto azionabile rispetto a fattispecie concrete. Come nota Marchisio [60], "il consolidamento del diritto internazionale ambientale secondo i principi dello sviluppo sostenibile, a vocazione tendenzialmente universale, manca ancora di tutti i necessari fattori di applicazione".

Il principio dell' "equità intergenerazionale" è stato evocato nell'opinione dissidente allegata all'ordinanza resa il 22 settembre 1995 dalla Corte internazionale di giustizia nell'affare della "Domanda di un esame della situazione", presentata dalla Nuova Zelanda, in cui il giudice Weeramantry rilevò che il caso poneva la questione del principio "of intergenerational equity, an important and rapidly developing principle of contemporary international Law" [61]. Tale principio non fu comunque considerato ed esaminato dalla Corte internazionale di Giustizia.

---

[59] Vedi Rozo Acuña E., *Lo stato di diritto ambientale con speciale riferimento al costituzionalismo latino-americano,* in "Profili di diritto ambientale...", cit., p. 151 e ss.

[60] Vedi Marchisio S., *Il diritto internazionale ambientale da Rio a Joannesburg*, in "Profili di diritto ambientale...", cit., p. 23.

[61] Cfr. "Dissenting opinion of Judge Weeramantry. Request for Examination of the Situation in accordance with the Paragraph 63 of the Court Judgement of 20 December 1974", in *The Nuclear Test (New Zeland v. France) Case*, I.C.J. Reports, 1995, p. 339 e ss.

B) Al principio dell' "equità intergenerazionale" si erano richiamati alcuni Stati intervenuti nella procedura relativa al parere consultivo chiesto alla Corte internazionale di giustizia da parte dell' Organizzazione mondiale della Sanità e dell' Assemblea generale dell'ONU, nella questione relativa alla liceità della minaccia o dell'uso di armi nucleari, a sostegno della tesi dell'assoluta illiceità dell'impiego delle armi atomiche in ogni circostanza. In relazione al quesito posto la Corte internazionale di giustizia, pur muovendo dalla considerazione che "environment is not an abstraction, but represent the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn", non ne aveva però tratto la conclusione che le norme in materia di ambiente imporrebbero una totale astensione dall'impiego di armi atomiche nel corso di un conflitto armato, facendo così salvo il principio della legittima difesa, nei limiti, ovviamente della necessità e della proporzionalità della reazione in legittima difesa [62]. Nell'opinione dissidente, allegata al parere del giudice Weeramantry, il principio dell' "equità intergenerazionale" è stato invece considerato a sostegno dell'illiceità, in ogni circostanza, dell'impiego di armi nucleari [63].

10.

L'emergere di una "coscienza ambientale", nella considerazione delle minacce e dei rischi cui è esposto oggi il contesto ambientale, e dei problemi suscitati a livello globale, sta evidenziandosi con intensità crescente, se pure con incoerenze e contraddizioni. La problematica ambientale, data la sua complessità, implica la ricerca di soluzioni coerenti ed efficaci in modo da rendere compatibile la crescita e lo sviluppo durevole con la salvaguardia di un ambiente a misura umana.

La percezione dei rischi e dei danni potenziali cui può andare incontro l'ambiente umano in conseguenza di un malaccorta politica ambientale pone il concetto di precauzione all'attenzione della comunità internazionale nel suo complesso, oltre che alla disciplina degli Stati e delle organizzazioni internazionali regionali competenti (dall'Unione europea, al

---

[62] Cfr. "Legacy of the Threat or Use of Nuclear Weapons", 8 July 1996, Advisory Opinion, p. 15, par. 29.

[63] Cfr. I.C.J. Reports, 1996, p. 80, par. 26.

NAFTA, all'Unione africana). Il principio di precauzione è stato evocato per la prima volta nel 1972, in occasione della Conferenza di Stoccolma sull'ambiente umano, ma ha assunto una rilevanza giuridica soltanto con la Convenzione di Vienna sulla protezione della fascia di ozono del 1985.

Nella Dichiarazione di Rio del giugno 1992, nel principio 15, il concetto di precauzione è stato richiamato come segue: "[....] pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risques de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement " [64].

Viene comunque rilevata la difficoltà di costruire in termini rigorosamente giuridici un principio precauzionale, e di ammettere l'esistenza di una norma consuetudinaria di carattere precauzionale che vincola gli Stati anche al di là di quanto accettato in via convenzionale [65]. Gli Stati si riconoscono infatti un'ampia libertà di scelta circa il livello di protezione dell'ambiente.

Nel settore dell'economia e del commercio internazionale, nella contrapposizione di interessi spesso non coincidenti, si fa in genere prevalere l'interesse economico su esigenze di tutela ambientale. Esiste il problema della valutazione del rischio ambientale, e dei criteri su cui tale valutazione debba fondarsi, in un'ottica rigorosamente oggettiva, in mancanza di una sicura base scientifica.

La questione fondamentale, anche alla luce degli interessi economici, è quella di sapere "sous quelles conditions il est optimal d'investir dans la prévention avant de connaître (scientifiquement) les risques encourus " [66], tenendo conto della distinzione tra "precauzione" e "prevenzione": mentre la "precauzione" è considerata in primo luogo come "une gestion de l'attente d'information", la prevenzione si sostanzia in una

---

[64] Il principio 15 della Dichiarazione di Rio è richiamato testualmente da BONTEMS P. - ROTILLON G., *L'écomonie de l'environnement*, Nouvelle édition, Paris, La Découverte, 2003, p. 107.

[65] In questo senso vedi BASSAN F., *Gli obblighi di precauzione nel diritto internazionale*, cit., p. 71 e ss.

[66] Cfr. BONTEMS P. – ROTILLON G., *L'écomonie de l'environnement*, cit., p. 109.

"gestion du risque" [67]. Ciò premesso, si parla di un processo decisorio "sequenziale" in relazione alle misure da adottare, in modo da non pregiudicare, con decisioni irreversibili, scelte future.

Nel degrado ambientale le responsabilità rispettive degli Stati e dei mercati si pongono in primo luogo con riguardo all'interesse collettivo dell'area di riferimento. I vari agenti economici sono tenuti a conformare i loro comportamenti a canoni di valutazione "obiettiva" dei rischi ambientali; i governi degli Stati debbono adeguare la loro politica ambientale alle esigenze e alle risorse del territorio, tenendo conto dei dati scientifici disponibili e dell'interdipendenza delle risorse e dei beni.

L'azione dell'amministrazione degli Stati, nel rapporto di coincidenza con gli interessi economici – pubblici e privati – si rivela spesso insufficiente o inadeguata, e talora condizionata da canoni interpretativi dell'impatto ambientale difformi nelle varie aree di riferimento, o comunque non corroborati da sicure basi scientifiche.

Vivo è il dibattito nella società internazionale tra tutela dell'ambiente e sviluppo economico. La problematica ambientale va inserita e considerata nel quadro dei processi di sviluppo condotti dagli Stati e dai gruppi transnazionali – più o meno istituzionalizzati – nel contesto economico internazionale globale.

Nel dibattito sui danni dell'effetto serra e dell'interdipendenza energetica, si innesta anche la questione della ricostituzione dell'industria nucleare, in modo da renderla più efficiente e più sicura. La questione è complessa, considerando gli elevati costi degli impianti, ed il problema dello stoccaggio delle scorie radioattive.

Nei Paesi in cui esistono centrali atomiche in funzione si stanno attivando gli investimenti per sostituirle con nuovi reattori più efficienti e sicuri. Anche in Italia, unico Paese del G8 privo di centrali nucleari, qualcosa si sta muovendo nel settore del nucleare civile, ed è stata resa nota, da parte di esponenti di governo, l'intenzione di procedere, entro qualche anno, alla costruzione di nuove centrali nucleari.

11.

Come ebbe a rilevare l'ex-Direttore generale dell'UNESCO Federico Mayor "les nouveaux acteurs de la mondialisation ont [....] un rôle im-

---

[67] La distinzione è stata particolarmente evidenziata da TREICH N., nel 1997: vedi "Vers une théorie économique de la précaution?", Risques, 32.

portant à jouer dans le domaine de la protection, de la promotion et de la diffusion des droits de l'homme" [68].

Nel quadro della tutela dei diritti umani si colloca anche il diritto alla pace. Per quanto indefinito nei suoi contenuti in relazione ai limiti della legittima difesa, il diritto alla pace viene considerato come un diritto umano fondamentale, al pari del diritto allo sviluppo: "il n'y a pas de droits de l'homme sans la paix", ha rilevato Federico Mayor.

Il problema dell'imposizione della pace ("peace enforcing") sta diventando un tema chiave nel futuro dell'organizzazione internazionale, che si trova oggi ad affrontare e fronteggiare nuove tipologie di conflitti, non più internazionali, ma transnazionali, guerre civili miste, interetniche, con forti implicazioni internazionali [69].

La promozione di una pace atta a favorire lo sviluppo di Stati e di comunità umane, etniche e politiche, non può prescindere da una dimensione civile ("peace building"), e da una cultura della non violenza fondata sul dialogo interetnico e interreligioso inteso nel suo significato più pieno.

Le Nazioni Unite debbono potere intervenire efficacemente, laddove necessario in caso di fallimento di ogni altra forma di negoziato o di arbitrato, qualora vengano riscontrate violazioni massicce dei diritti umani, ed anche nell'ipotesi in cui i poteri istituzionali legittimi dello Stato vengano sostituiti dalla legge del più forte, onde ristabilire le condizioni di una civile coesistenza.

Come ha notato Boutros Boutros-Ghali [70], occorre trovare una soluzione a due grandi contraddizioni del nostro tempo: il rapporto tra il Nord e il Sud del mondo e il rapporto tra il c.d. "clocher" ed il satellite, nell'interdipendenza delle culture. Va anche considerato l'indebolimento dell'apparato di governo in certi Stati, tale da incidere sulla sovranità e indipendenza internazionale dei medesimi.

---

[68] Vedi "Les clés du XXI[e] siècle", cit., p. 343 e ss.

[69] Sul problema della conflittualità internazionale e dell'imposizione della pace, con riferimento alla tutela dei diritti umani, vedi SAULLE M. R., *Lezioni di organizzazione internazionale,* vol. I. Le organizzazioni internazionali a livello mondiale e regionale, 2ª ed., Napoli, ESI, 2002, particolarmente p. 57. Per considerazioni sulla problematica della pace e dello sviluppo nell'evoluzione delle relazioni internazionali, vedi l'ampia Raccolta di "cronache e opinioni" di M. R. SAULLE, *Relazioni internazionali e diritti fondamentali 1981-2005*, ARACNE Editrice S.r.l., Roma, 2007

[70] Vedi ATTALI J. - BOUTRS BOUTROS-GHALI, *La paix préalable au développement?,* in "Les clés du XXI[e] siècle", cit., p. 491 e ss.

Problemi di difficile soluzione si pongono nel caso di perdurante assenza di un governo effettivo su di una comunità territoriale, o di instabilità di esso, ai fini della gestione e del controllo della comunità medesima. Si parla, in relazione a tali situazioni di perdurante instabilità, di "failed States", di Stati, cioè, che hanno perduto il controllo del territorio e che non sono più in grado di svolgere funzioni essenziali di governo a causa di un estremo degrado del tessuto sociale o di una grave situazione di conflittualità e instabilità al suo interno. È stato il caso, ad esempio, della Somalia e della Liberia. L'Afghanistan ed anche il Libano presentano un contesto sociale lacerato da contrapposizioni, altamente pericoloso per la sicurezza internazionale.

Secondo l'opinione dell'ex-Segretario generale dell'ONU Boutros Boutros-Ghali gravi minacce per la sicurezza, oltre che per gli equilibri mondiali, derivano dai "déplacements de populations à l'échelle internationale", determinati dalla povertà e dal sottosviluppo, oltre che da situazioni di conflittualità e di disordine interno nei Paesi di provenienza [71]. Tale problema è destinato ad aggravarsi se non verranno trovate soluzioni adeguate sia a livello interno degli Stati di destinazione attraverso una politica migratoria "razionale", sia a livello internazionale con programmi coordinati di pacificazione, di civilizzazione e di aiuto allo sviluppo.

[71] Cfr. Attali J. - Boutrs Boutros-Ghali, *La paix préalable au développement?*, cit., p. 506.

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 applicabile [1]. Se la corte adita nega la *certification* alla classe [2], l'attore (*plaintiff*) può impugnare il rifiuto davanti ad un giudice di grado superiore [3]. 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 Missisippi 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 *ceritification* 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 giuria [6].

Ad ogni modo, la realtà della maggior parte delle *class actions* nordamericane 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 theorical 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.sd 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 conciliazione [7].

Conseguentemente, il secondo evento fondamentale nelle controversie relative a *class action* è il procedimento di conciliazione e l'approvazione giudiziale della conciliazione raggiunta [8]. 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. Merril 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 perchè 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).

tion [9]. Di seguito, esaminerò vari aspetti di tali conciliazioni collettive, tra cui la storia, la teoria, i fondamenti dottrinali e teorici, così come le regoli 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 ei 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 materia [12].

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 1966 [14]. L'attuale procedura di *class action* è per larga parte disciplinata dalle previsioni contenute nella modifica del 1966 [15]. 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] Infatto, 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 obbiettivo della conciliazione. I giudici, inoltre, individuarono il fondamento del loro potere di concedere la *certification* a classi con il solo obbiettivo 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 processo [19]. 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 premetteva 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 conciliazione [21]. 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 lite [24]. 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 (19 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 F.3d 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 esercitata [26]. 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 Commitee* 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 Commitee* 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 proposta [31]. 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 *Amchen* 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 affinchè i *Settlement Orders* siano dotati di efficacia vincolante e le possibilità di impugnativa della conciliazione raggiunta.

In *Amchen* 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 statuì 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 diversi [35]. Conseguentemente, sia in *Amchen* 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 identificati 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 processo [37]. 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 classe [40]. 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. Cost. 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 controversia [42], 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 classe [43]. 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 abbandonata [44]. 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 udienza [45] 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 giudiziale [46].

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 vincolanti [47]. 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 classe [48]. 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/Behavorial 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 (*catergories*) 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, similarmente, in osservanza delle *catergories* delineate nella *Rule* 23(b). Le parti della conciliazione hanno l'onere di indicare a quale *catergory* 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 finale [54].

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 tat 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 una danno liquidabile pecuniariamente [55]. 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* ei *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 its 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 limitato [60]. In *Ortiz*, la Corte rigettò la prova offerta dai proponenti sull'esistenza del *limited fund* perché si fondava unicamente sull'accordo tra le parti [61]. 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 classe [63]. 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 validità [64].

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. Mullenix, *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 *Amchen* 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 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 questione 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 commentatori [67].

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 disputa [68]. 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 rappresentante [69]. 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 obbiettare 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 setttlement* 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 controversie [70]. Sebbene alcune corti federali utilizzino la cosiddetta metodologia "*lodestar*" per la determinazione dei compensi degli avvocati [71], 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 ei *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 etico [73]. 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 novanta [74]. 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 Antirust 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 legale [76] 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 *Amchen* 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 trai membri della classe [77] o alla disciplina di eventuali accordi che impediscano al legale della classe di accettare successive rappresentanze [78], 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'avvocato [80]. 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 tradizioni, 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 scale 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 obbiettivo è quello di raggiungere l'obbiettivo 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 obbiettivo 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 assenti [84]. 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 finchè 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 *defandant* 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 obbiettivi 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 avvocati [85]. 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 obbiettivi 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 assenti [86].

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 penale [87]. 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 conciliative [88].

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 preciso [90], 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 aggiuntivo 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 conciliativi [93]. 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 controversia [94]. La supervisione giudiziale delle comunicazioni tra i *class members* è un altro strumento per controllare o sanzionare tattiche abusive a danno della classe [95].

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 comuncazioni 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 giudice [97]. 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 conciliazione [99]. 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 difese [100]. 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 obbiezioni 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 obbiettivi meno meritori e, pertanto, una reputazione meno solida nel contesto dei procedimenti di conciliazione [104]. 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 obbiezioni 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 obbiezioni.

[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 obbiezioni. 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 corte [106]. Comunque, l' *objector* che voglia contestare il contenuto del *settlement* deve comparire al *fairness hearing* e proporre le proprie opposizioni in tale udienza [107].

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 corte [109].

Presumibilmente, questa nuova previsione dovrebbe applicarsi a tutti gli accordi fatti con i *nuisance objectors*, che ottengano la rinuncia delle obbiezioni 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 *setllement*, 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 conciliazione [113]. 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* proposto [114].

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. Schwartzer & 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 caso [115].

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 accordo [119]. 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 classe [121].

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 classe [122]. 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 o 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 alto [124].

[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 Corte Federali, una molteplicità di fattori che gravano sulla valutazione di un *settlement*, tra cui [127]:

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 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 trai legali dei *plaintiffs*; e

• un numero significativo di membri della classe sollevi obbiezioni 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 obbiezioni 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 obbiezioni 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 2005 [129], 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* rientrante nella giurisdizione statale, nella giurisdizione di una corte federale [131]. Le previsioni giurisdizionali del CAFA si collocano oltre i limiti del presente saggio [132]. 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 federale [133]. 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, Laural 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, Laural 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 classe [135], (3) la protezione contro discriminazioni in ragione del collocamento geografico [136], e (4) le notificazioni obbligatorie agli ufficiali federali e statali [137].

(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 corte [138], 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 classe [139]. 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 riscattare [140].

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 riscattati [141].

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'accordo [146]. Se i *coupon* non reclamati sono pagati secondo una distribuzione *cy press*, non possono essere usati per calcolare le parcelle degli avvocati [147].

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 McGuiness 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 notifiche [152]. Le notifiche ai *governamental 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* competente [153]. 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 obbiezioni 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 conciliativo [156].

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.

PAOLO SPAZIANI

IL RAPPORTO DI LAVORO ALLE DIPENDENZE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: FONTI; GIURISDIZIONE; POTERI DEL GIUDICE DEL LAVORO *

1. Le leggi di riferimento.

La legge fondamentale che disciplina il pubblico impiego nel nostro ordinamento è il D. Lgs. 30 marzo 2001 n. 165, pubblicato sul Supplemento Ordinario n. 112/L alla Gazzetta Ufficiale del 9 maggio 2001 n. 106, e intitolato "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione".

Questo decreto legislativo costituisce la "riscrittura" del D.Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 (con le modifiche apportate dai decreti legislativi nn. 396 del 1997, 59 del 1998, 80 del 1998, 387 del 1998) e segna il punto di arrivo di una laboriosa e sofferta riforma del pubblico impiego, la quale, prendendo le distanze dalla tradizionale concezione "pubblicistica" del rapporto, quale espressione di attività organizzativa della pubblica amministrazione, aveva come obiettivo quello della equiparazione, o forse meglio della "tendenziale" equiparazione, dello stesso con il rapporto di lavoro privato [1].

---

* Relazione tenuta il 6 febbraio 2008 in occasione di un evento formativo promosso dall'Ordine degli Avvocati di Urbino nell'ambito del programma per la formazione professionale continua.

[1] Sulla originaria concezione del pubblico impiego come «espressione della potestà organizzatoria dell'autorità amministrativa» v. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1994, p. 283 s., il quale evidenzia come questa concezione fosse alla base del carattere pubblicistico del rapporto di lavoro, le cui vicende dovevano tutte essere formalizzate in atti amministrativi, a partire dal c.d. atto di nomina.

Questa concezione – può aggiungersi – era alla base, da un lato, sul piano sostanziale, della incontroversa inapplicabilità delle norme contenute nel codice civile e nelle leggi sul lavoro privato (in luogo delle quali trovava invece applicazione una serie di norme speciali, originariamente raccolte nel "Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato", approvato con D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3) e, dall'altro lato, sul piano processuale, della devoluzione delle controversie tra dipendente e amministrazione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, resa necessaria dalla estrema difficoltà di distinguere le posizioni di interesse legittimo da quelle di diritto sog-

Il D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 costituisce, si può dire, il nuovo "testo unico" del pubblico impiego, la fonte normativa più importante, quella contenente le regole fondamentali da cui l'interprete deve partire per la ricostruzione del sistema [2].

Non ostante ciò, la legge in esame non si è dimostrata capace di durare a lungo [3] ed è stata oggetto di profonde modifiche già a poco più di un anno dalla sua entrata in vigore. Con la L. 15 luglio 2002 n. 145, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 172 del 24 luglio 2002, sono state infatti emanate le "Disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze e l'interazione tra pubblico e privato", le quali hanno inci-

---

gettivo, con l'eccezione dei cc.dd. "diritti patrimoniali consequenziali", generalmente identificati con le pretese di carattere risarcitorio conseguenti alla dichiarazione di illegittimità di un atto amministrativo.

Per un commento sistematico del D.Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 v. AA.VV., *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, a cura di ALFREDO CORPACI, MARIO RUSCIANO e LORENZO ZOPPOLI, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1999, p. 1047 s..

In generale, sulla riforma del pubblico impiego dal D. Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 al D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 v., tra gli altri, nell'ambito di una letteratura ormai vastissima, D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in *Lav. pubbl amm.*, 1998, p. 35 s.; CLARICH-IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, Rimini, 1999; VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, 2000; CARINCI-D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2000; DELL'OLIO-SASSANI (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo*, Milano, 2000; SORDI-AMENDOLA, *Il processo del lavoro privato e pubblico*, Rimini, 2004; APICELLA-CURCURUTO-SORDI-TENORE, *Il pubblico impiego privatizzato nella giurisprudenza*, Milano, 2005.

Gli obiettivi generali della riforma consistono, appunto, nella (tendenziale) "privatizzazione" del pubblico impiego, realizzata, da un lato, sul piano sostanziale, attraverso la previsione dell'applicabilità, al rapporto di lavoro pubblico, delle norme contenute nel codice civile e nelle leggi sul rapporto di lavoro subordinato nell'impresa, e, dall'altro lato, sul piano processuale, attraverso la (tendenziale) devoluzione delle controversie alla giurisdizione del giudice ordinario.

[2] Per la considerazione secondo cui la legge in esame «continua ad avere, nel bene e nel male, la portata ed il significato del testo che l'ha preceduto: un testo normativo fondamentale, la vera nuova tavola dei principi e delle regole per i rapporti di lavoro pubblico riformati nel 1993, dal quale occorre pur sempre partire per ricostruire la legislazione in materia», v. ZOPPOLI, *Dieci anni di riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2003, il quale tuttavia aggiunge che la legge stessa non è esaustiva e che «spesso l'interprete, alla ricerca della norma risolutiva del problema specifico, deve ancora fare una gran fatica».

[3] Nel senso che il testo legislativo «per forma e contenuto sembrava destinato ad essere un testo a durare» v. CARINCI, *Sisifo riformatore: la dirigenza*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, p. 959.

so profondamente sul D.Lgs. n. 165 del 2001, modificandone le regole originarie, specialmente nel Capo III del Titolo II, dedicato alla "dirigenza" [4].

Inoltre, a testimonianza del travaglio del legislatore nella materia, ulteriori modifiche al D.Lgs. n. 165 del 2001 sono state apportate dall'art. 14 L. 29 luglio 2003 n. 229 (modifiche all'art. 28 e all'art. 40), dall'art. 1 *ter* D.L. 28 maggio 2004 n. 136, convertito, con modificazioni, nella L. 27 luglio 2004 n. 186 (modifiche all'art. 23, all'art. 24 e all'art. 28), dalla L. 30 dicembre 2004 n. 311 (modifiche all'art. 61 e inserimento dell'art. 63 *bis*), dal D.L. n. 7 del 2005 (modifiche all'art. 23 *bis*, all'art. 30, all'art. 34, all'art. 34 *bis*, all'art. 53 e all'art. 70) e dal D.L. 30 giugno 2005 n. 115, convertito, con modificazioni, nella L. 17 agosto 2005 n. 168 (modifiche all'art. 17 *bis*, all'art. 19, all'art. 23 e all'art. 60).

Particolarmente incisive sono poi le modifiche apportate, da ultimo, con la L. 28 dicembre 2007 n. 244 (legge finanziaria per il 2008), la quale non solo ha inserito il comma 5 *ter* all'art. 35 (art. 3, comma 87), ma soprattutto ha integralmente riscritto l'art. 36, sull'utilizzo di contratti di lavoro flessibile, capovolgendo la regola precedente sull'utilizzabilità di tali forme contrattuali di assunzione da parte delle pubbliche amministrazioni e ponendo l'obbligo di avvalersi necessariamente del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, salve le esigenze stagionali e quelle relative a periodi non superiori a tre mesi (art. 3, comma 79) [5].

Deve quindi prendersi atto che la riforma del pubblico impiego, lungi dall'essere stata completata, è ancora in piena fase di attuazione e che l'interprete si trova ad operare, non già nell'ambito di un sistema normativo consolidato, ma nell'ambito di una serie di norme in continua evoluzione.

Cionondimeno, non si può rinunciare a cercare dei punti fermi, specialmente con riguardo all'individuazione delle fonti disciplinatrici del

---

[4] Per un commento sistematico della L. 15 luglio 2002 n. 145 v. AA.VV., *La "controriforma" del rapporto di lavoro nella dirigenza pubblica*, a cura di Carlo Colapietro, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, 2002, p. 639 s.

[5] All'alluvione legislativa si aggiunge la non esigua normativa regolamentare di attuazione: cfr. il DPR 23 aprile 2004 n. 108, in GU 29 aprile 2004 n. 100 ("Regolamento recante disciplina per l'istituzione, l'organizzazione e il funzionamento del ruolo dei dirigenti presso le amministrazioni dello Stato"); il DPR 24 settembre 2004 n. 272, in GU 13 novembre 2004 n. 267 ("Regolamento di disciplina in materia di accesso alla qualifica di dirigente, ai sensi dell'articolo 28, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165"); DPCM 29 settembre 2004 n. 295, in GU 14 dicembre 2004 n. 292 ("Regolamento recante modalità di riconoscimento dei titoli post-universitari considerati utili ai fini dell'accesso al corso-concorso selettivo di formazione dirigenziale, ai sensi dell'art. 28, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165").

rapporto di lavoro, con riguardo ai problemi di giurisdizione, e con riguardo alla questione dei poteri del giudice del lavoro sugli atti della pubblica amministrazione.

2. *Le fonti normative che regolano il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione (art. 2, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001).*

Il rapporto di lavoro pubblico è regolato dalle disposizioni di cui agli artt. 2082 s. c.c. sul "lavoro nell'impresa" nonché dalle altre leggi sui rapporti di lavoro subordinato privato, salve le diverse disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 165/2001. Contratti o accordi collettivi successivi possono derogare a disposizioni di legge la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche o a categorie di essi (art. 2, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001).

Questa disposizione permette di individuare sia le norme regolatrici del rapporto sia il criterio di raccordo tra le stesse.

Le fonti normative che regolano il rapporto di pubblico impiego sono tre:

1) le norme contenute nel codice civile e nelle leggi sul lavoro subordinato privato. Contrariamente al passato si applicano tutte le norme relative al lavoro privato (es.: l'art. 2087 c.c. sulla responsabilità del datore di lavoro per la violazione delle disposizioni poste a tutele dell'integrità fisica del lavoratore; gli artt. 2104 e 2105 c.c. sui doveri di diligenza e fedeltà del prestatore di lavoro; l'art. 28 L. n. 300 del 1970 sulla repressione della condotta antisindacale ecc.);

2) le disposizioni specifiche contenute nel D.Lgs. n. 165 del 2001;

3) le norme dei contratti e accordi collettivi stipulati secondo gli artt. 40 s. D.Lgs. n. 165 del 2001.

Il criterio di raccordo tra le fonti è il criterio della *specialità*.

a) In caso di antinomia, le norme del D.Lgs. n. 165 del 2001 prevalgono sulle norme del codice civile e delle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa, in quanto il decreto è *lex specialis*.

Esempio: in materia di mansioni, la norma generale è l'art. 2113 c.c.. Questa norma dovrebbe trovare operatività, per quanto detto, anche nel pubblico impiego. Peraltro, in questa specifica materia, il D.Lgs. n. 165/2001 propone una norma speciale, l'art. 52. Deve dunque applicarsi quest'ultima, in quanto norma speciale, in luogo dell'art. 2113 c.c., norma generale.

Altro esempio: in materia di procedimento per l'applicazione di una sanzione disciplinare la norma generale è quella contenuta nell'art.7 L. n. 300 del 1970. Il D.Lgs. n. 165/2001 propone però anche qui una disci-

plina speciale leggermente diversa, contenuta negli artt. 55 e 56, che deve essere concretamente applicata.

b) Sempre in caso di antinomia, i contratti o accordi collettivi prevalgono sulle norme di legge destinate a disciplinare i dipendenti delle amministrazioni pubbliche o categorie di essi, in quanto le norme collettive sono *più* speciali delle norme legislative, alle quali possono dunque derogare.

La suesposta ricostruzione del sistema delle fonti potrebbe destare perplessità, in ragione dell'inserimento, tra le stesse, dei contratti ed accordi collettivi, e cioè di atti che costituiscono espressione di autonomia negoziale e non di potestà normativa, le cui norme potrebbero persino ritenersi prevalenti sulle contrastanti norme di legge.

Conviene pertanto approfondire l'analisi con riferimento a tale aspetto.

Come è noto, con riguardo al rapporto di lavoro privato, la mancata attuazione dell'art. 39 Cost., nella parte in cui prevede sindacati registrati con personalità giuridica e con possibilità di stipulare contratti collettivi con efficacia *erga omnes*, esclude che i contratti collettivi postcorporativi o di diritto comune (a differenza di quelli corporativi: art. 1 disp. prel. c.c.), possano essere considerati di fonti del diritto oggettivo ed induce, invece, a qualificare gli stessi come meri atti di autonomia privata [6].

Questa ricostruzione non è automaticamente trasferibile nell'ambito del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione.

Occorre infatti prendere atto che il D.Lgs. n. 165/2001 costruisce, per i contratti ed accordi collettivi deputati alla disciplina del rapporto di lavoro pubblico, un sistema particolare, del tutto diverso e persino incompatibile con il sistema dei contratti collettivi di diritto comune.

In primo luogo, lo stesso decreto legislativo include i contratti e accordi collettivi stipulati secondo le norme di cui agli artt. 40 s. nel sistema delle fonti (art. 2, comma 2).

In secondo luogo, il procedimento di contrattazione collettiva culmina, per lo meno limitatamente ai contratti ed accordi collettivi nazionali, con la loro pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica Italiana, con conseguente operatività del principio *iura novit curia* (art. 47, comma 8).

In terzo luogo, infine, è contemplata la possibilità di ricorrere per cassazione per violazione o falsa applicazione delle norme in essi contenute (art. 63, comma 5).

Sulla base di questo sistema, appare quanto meno sostenibile l'opinio-

---

[6] sul punto v., per tutti, PERSIANI, *Diritto sindacale*, Padova, 1997, p. 73 s.

ne volta ad attribuire ai contratti collettivi deputati alla disciplina del lavoro pubblico la natura di vere e proprie fonti del diritto oggettivo.

Questa opinione, sebbene non sia stata affermata *apertis verbis*, sembra aver trovato ingresso sia nella giurisprudenza della Corte Costituzionale sia nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.

La Corte Costituzionale, chiamata a decidere sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 64, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001 (sull'accertamento pregiudiziale dell'efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi), sollevata sul presupposto dell'ingiustificata disparità della disciplina processuale applicabile al lavoratore privato rispetto al pubblico dipendente, cui, per effetto di questa norma sarebbe riservato un trattamento deteriore, ha senz'altro dichiarato infondata la questione medesima, sottolineando che "le peculiarità del contratto collettivo nel pubblico impiego ... rendono evidente l'impossibilità di ritenere *a priori* irrazionali le peculiarità della disciplina del processo in cui quel contratto collettivo – ben diverso da quelli c.d. di diritto privato – deve essere applicato" [7].

La Corte di Cassazione, in due sentenze significativamente vicine, mentre ha ribadito il tradizionale orientamento secondo cui il controllo di legittimità, in relazione ai contratti collettivi di diritto privato, deve intendersi limitato alla verifica dell'eventuale vizio di insufficiente o contraddittoria motivazione della sentenza impugnata [8], ha invece affermato che essa, nell'esercizio della funzione nomofilattica, ben può procedere alla diretta interpretazione dei contratti collettivi deputati alla disciplina dei rapporti di lavoro pubblico [9].

---

[7] Cfr. Corte Cost. 5 giugno 2003 n. 199, in *Foro it.*, 2003, I, p. 2232: è infondata, *stanti le peculiarità del contratto collettivo nel pubblico impiego* (il corsivo è nostro) e stante il difetto di censura in ordine alla irragionevolezza delle differenziazioni della disciplina, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 64, 2ºcomma, d.leg. 30 marzo 2001 n.165, per l'ingiustificata disparità della disciplina processuale applicabile ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni rispetto a quella applicabile ai lavoratori privati, in riferimento all'art. 3 Cost.

[8] Cass. 16 giugno 2003 n. 9639, *Guida al lavoro*, 2003, n. 34, p. 45: il controllo di legittimità della Corte di Cassazione, che ha la funzione di assicurare l'uniforme interpretazione della legge e non anche quella dei contratti collettivi di diritto privato, è limitato alla verifica dell'eventuale vizio di insufficiente o contraddittoria motivazione della sentenza impugnata.

[9] Cass. 23 maggio 2003 n. 8210, in *Guida al lavoro*, 2003, n. 31, p. 17: in merito ai contratti collettivi di lavoro di pubblico impiego, l'art. 68, comma 5, del D.Lgs. n. 29/1993 – così come sostituito dapprima dall'art. 33 D.Lgs. n. 546/1993 e successivamente dall'art. 29 del D.Lgs. n. 80/1998 e ancora modificato dall'art. 18 del D.Lgs. n. 387/1998 (ora art. 63 D.Lgs. n. 165/2001) – stabilisce che sulle controversie di lavoro

L'inserimento dei contratti collettivi nazionali di lavoro pubblico nel sistema delle fonti del diritto non assume rilevanza meramente teorica e classificatoria, ma determina conseguenze concrete che incidono in maniera determinante in sede applicativa.

Si pensi in primo luogo ai canoni da utilizzare ai fini dell'interpretazione delle norme contrattuali. Se si accede alla tesi secondo cui i contratti in esame sono fonti del diritto, l'interprete non deve applicare le norme interpretative di cui agli artt. 1362 s. c.c., pacificamente utilizzabili nell'interpretazione delle clausole dei contratti collettivi di diritto privato, ma deve applicare l'art. 12 disp. prel. c.c..

Si pensi ancora al criterio da utilizzare ai fini della soluzione degli eventuali contrasti tra norma collettiva e norma di legge. La tradizionale qualificazione del contratto collettivo come atto negoziale induce necessariamente a fare riferimento alle classiche categorie dell'autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.) e della nullità (art. 1418 c.c.). Precisamente, nell'ipotesi in cui la clausola collettiva sia in contrasto con una norma di legge derogabile, la clausola deve reputarsi prevalente, in quanto le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto anche in deroga a norme dispositive, mentre, nell'ipotesi in cui la clausola collettiva sia in contrasto con una norma di legge cogente, la clausola deve reputarsi nulla per contrarietà a norma imperativa, dalla quale viene automaticamente sostituita (art. 1419 c.c.).

Queste categorie non possono essere applicate in funzione della soluzione delle antinomie eventualmente sussistenti tra contratto collettivo deputato alla disciplina del lavoro pubblico e legge, una volta che il primo sia stato qualificato come fonte del diritto oggettivo. Coerentemente con tale qualificazione, l'antinomia tra norma contrattuale e norma legislativa deve infatti essere risolta facendo ricorso ai tradizionali criteri di raccordo tra le fonti, elaborati dalla teoria generale del diritto, ed identificati nel criterio "cronologico", nel criterio della "specialità", nel criterio "gerarchico" e nel criterio "della competenza" [10]. Quanto alla scelta del criterio da utilizzare, la mancanza di una norma sulle fonti (analoga a

---

concernenti i dipendenti delle pubbliche amministrazioni il ricorso per cassazione può essere proposto anche per violazione o falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di cui all'art. 40 del medesimo decreto. Pertanto la Cassazione può procedere alla diretta interpretazione dei contratti collettivi di lavoro nel pubblico impiego (nella specie trattasi dell'art. 26 e art. 27 del CCNL Comparto Ministeri del 16 maggio 1995).

[10] In materia v., per tutti, CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, 1, l'ordinamento costituzionale italiano (le fonti normative)*, Padova, 1984, p. 178 s..

quella contenuta nell'art.1 disp. prel. c.c., riferita alle norme corporative) che stabilisca la sussistenza di un rapporto di gerarchia tra le norme contrattuali e le norme di legge, impone di escludere il ricorso al criterio gerarchico, mentre la lettera dell'art. 2, comma 2, secondo periodo, D.Lgs. n. 165/2001, che espressamente utilizza la categoria dogmatica della "deroga" [11], impone, ad avviso di chi scrive, di fare ricorso al criterio della specialità, ritenendo le norme contrattuali, in quanto riferite a particolari comparti dell'amministrazione o a particolari categorie di pubblici dipendenti, speciali (e dunque prevalenti) rispetto a quelle di legge, regolamento o statuto che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche [12].

---

[11] In teoria generale del diritto il fenomeno della "deroga", da non confondere con il fenomeno dell' "abrogazione", si determina allorché una "norma intervenga a fare eccezione a una noma-principio, così sottraendo alla generale disciplina da questa dettata particolari ipotesi, per assoggettarle, invece, a una disciplina diversa": in tal senso v. CRISAFULLI; *op. cit.*, p. 193-194, il quale qualifica la deroga anche come "limitazione di una più larga fattispecie normativa".

[12] Un importante esempio di contrasto tra norme di legge e norme contrattuali si è registrato, negli ultimi tempi, con riguardo al personale ATA (Ausiliario Tecnico Amministrativo) degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, già dipendente degli enti locali, e transitato, a far tempo dal 1º gennaio 2000, alle dipendenze dello Stato, ai sensi dell'art. 8 L. n. 124/1999.

L'art. 8, comma 2, L. *cit.*, prevedeva che a tale personale, una volta trasferito nei ruoli statali, fosse riconosciuta, ai fini giuridici ed economici, l'anzianità di servizio maturata presso l'ente locale di provenienza.

il D.M. 23 luglio 1999 n. 184, emesso in esecuzione dell'art. 8, comma 4, della citata legge (che disciplinava i tempi e le modalità del trasferimento) stabilì che i criteri di inquadramento avrebbero dovuto essere definiti con successivo decreto, previa contrattazione collettiva, da svolgersi tra l'ARAN e le organizzazioni sindacali rappresentative dei comparti scuola ed enti locali.

L'accordo tra l'ARAN e le organizzazioni sindacali fu siglato il 20 luglio 2000 e previde l'inquadramento del personale nella progressione economica per posizioni stipendiali delle corrispondenti qualifiche funzionali del contratto scuola (tabella E CCNL Scuola del 26 maggio 1999), con attribuzione della posizione stipendiale di importo pari o immediatamente inferiore al trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999, con corresponsione dell'eventuale differenza a titolo di assegno *ad personam*, differenza considerata utile, previa temporizzazione, ai fini del conseguimento della successiva posizione stipendiale. Tale criterio determinò come conseguenza il riconoscimento soltanto di una limitata parte dell'anzianità di servizio precedentemente maturata.

In conseguenza del contrasto tra la clausola contrattuale e la norma di legge, si scatenò un contenzioso di enormi proporzioni che investì tutti i tribunali d'Italia, in quanto i lavoratori ritennero che fosse stato violato il loro diritto soggettivo all'attribuzione della totale anzianità precedentemente maturata e ne chiesero il giudiziale riconoscimento.

3. La disciplina transitoria della giurisdizione (art. 69, comma 7, D.Lgs. n. 165 del 2001)

Sono attribuite al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998. Quelle attinenti al periodo precedente restano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000 (art. 69, comma 7, D.Lgs. n. 165 del 2001).

Il fondamento della norma risiede evidentemente nell'esigenza di mi-

---

Dopo che sulla questione si era pronunciata la Corte di Cassazione con diverse sentenze favorevoli ai lavoratori (cfr. Cass. 17 febbraio 2005 n. 3224; Cass. 14 aprile 2005 n. 7747; Cass. 20 maggio 2005 n. 10649; Cass. 27 settembre 2005 n. 18829), è intervenuto con un colpo di spazzola il legislatore, il quale, evidentemente per ragioni di cassa, con una norma di interpretazione autentica contenuta nell'art. 1, comma 218, L. 23 dicembre 2005 n. 266 (legge finanziaria per il 2006) ha stabilito che "il comma 2 dell'articolo 8 della legge 3 maggio 1999, n. 124, si interpreta nel senso che il personale degli enti locali trasferito nei ruoli del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA) statale è inquadrato, nelle qualifiche funzionali e nei profili professionali dei corrispondenti ruoli statali, sulla base del trattamento economico complessivo in godimento all'atto del trasferimento, con l'attribuzione della posizione stipendiale di importo pari o immediatamente inferiore al trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999 costituito dallo stipendio, dalla retribuzione individuale di anzianità nonché da eventuali indennità, ove spettanti, previste dai contratti collettivi nazionali di lavoro del comparto degli enti locali, vigenti alla data dell'inquadramento. L'eventuale differenza tra l'importo della posizione stipendiale di inquadramento e il trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999, come sopra indicato, viene corrisposta *ad personam* e considerata utile, previa temporizzazione, ai fini del conseguimento della successiva posizione stipendiale. È fatta salva l'esecuzione dei giudicati formatisi alla data di entrata in vigore della presente legge".

Sebbene la norma interpretativa (ritenuta legittima dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 234 del 2007) abbia ricondotto ad unità la previsione contrattuale e quella legislativa, stabilendo che a quest'ultima, in via di interpretazione, deve attribuirsi lo stesso significato della prima, la vicenda del personale ATA rappresenta comunque un'importante esempio di come la qualificazione della fonte contrattuale di pubblico impiego quale fonte del diritto o quale atto negoziale, assuma rilevanza determinante ai fini della soluzione concreta dei problemi applicativi. Invero, nell'ambito di tale vicenda, i giudici che hanno attribuito alla fonte collettiva la natura di atto di autonomia privata, ne hanno coerentemente dichiarato la nullità per contrarietà a norma imperativa di legge, così dichiarando la sussistenza del diritto soggettivo dei lavoratori al riconoscimento dell'anzianità di servizio precedentemente maturata; viceversa, i giudici che hanno attribuito alla fonte contrattuale la natura di fonte del diritto, l'hanno talora ritenuta prevalente sulla norma di legge, negando la sussistenza del predetto diritto soggettivo.

tigare l'impatto sul giudice del lavoro della devoluzione della generale giurisdizione in materia di pubblico impiego.

La norma tuttavia, come spesso accade, non brilla per chiarezza, dovendosi chiarire se essa, parlando di "questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore o successivo al 30 giugno 1998", abbia voluto semplicemente indicare la fase del rapporto anteriore o successiva a tale data, oppure abbia voluto fare riferimento al momento in cui si è perfezionata la fattispecie costitutiva del diritto azionato.

La prima opzione interpretativa non sembra preferibile, in quanto in taluni casi renderebbe necessario il doppio ricorso al giudice amministrativo e al giudice ordinario, con conseguente dispersione della tutela processuale tra giurisdizioni diverse e con pericolo di contrasto tra giudicati.

Maggiormente aderente allo scopo della norma (e anche al suo significato letterale) è invece la seconda opzione interpretativa. La questione è infatti attinente al periodo del rapporto di lavoro anteriore o successivo al 30 giugno 1998, secondo che i fatti costitutivi del diritto di cui si chiede la tutela si siano verificati prima o dopo quella data. Nel primo caso, essendo la controversia già proponibile alla data del 30 giugno 1998, il ricorso andrà proposto al giudice amministrativo (beninteso, nel rispetto del termine di decadenza previsto dalla norma). Nel secondo caso dovrà invece essere adìto il giudice ordinario.

Questa interpretazione è prevalsa nella Corte di Cassazione, la quale, tenendo conto della necessità di individuare il momento in cui si è perfezionata la fattispecie costitutiva del diritto, ha distinto tre diverse fattispecie.

A) atto (provvedimentale o negoziale) della p.a.

Nell'ipotesi in cui la lesione del diritto del lavoratore è prodotta da un atto (provvedimentale o negoziale) della pubblica amministrazione datrice di lavoro, si deve fare riferimento al momento della sua emanazione, che segna il momento a partire dal quale la controversia è proponibile e dunque il momento in cui sorge la "questione" (es. licenziamento comminato prima del 30 giugno 1998: è competente il giudice amministrativo; licenziamento comminato dopo il 30 giugno 1998: è competente il giudice ordinario) [13].

[13] Cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. Un., 7 marzo 2001 n. 89; Cass., Sez. Un., 11 giugno 2001 n. 7856; Cass., Sez. Un., 10 giugno 2003 n. 9221; Cass., Sez. Un., 2 aprile 2008 n. 8471.

B) comportamento illecito permanente della p.a.

Nell'ipotesi in cui la pretesa del dipendente tragga origine da un comportamento illecito permanente della pubblica amministrazione datrice di lavoro, si deve fare riferimento al momento di cessazione della permanenza (es. demansionamento iniziato prima e concluso dopo il 30 giugno 1998: è competente il giudice ordinario) [14].

C) obbligazione retributiva o contributiva della p.a.

Anche nell'ipotesi in cui il lavoratore abbia azionato in giudizio una pretesa retributiva o contributiva deve aversi riguardo al dato storico costituito dall'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze in relazione ai quali sia insorta la controversia, con la conseguenza che, se le pretese retributive o contributive siano riferite a un periodo in parte anteriore in parte successivo alla data del 30 giugno 1998, la competenza va ripartita tra il giudice amministrativo in sede esclusiva e il giudice ordinario, in relazione rispettivamente alle due distinte fasi temporali [15].

Per concludere sulla disciplina transitoria della giurisdizione va infine evidenziato che il termine del 15 settembre 2000, previsto dall'art. 69, comma 7, D.Lgs. n. 165/2001, ha la natura di termine di decadenza sostanziale dal diritto, il cui inutile decorso comporta la definitiva perdita della tutela giurisdizionale, per modo che non è consentito proporre la relativa domanda al giudice ordinario [16].

4. Il sistema del nuovo riparto di giurisdizione (art. 63 comma 1, 1º periodo; comma 3; comma 4 D.Lgs. n. 165 del 2001)

Sono devolute al giudice ordinario le controversie in materia di rapporto di lavoro pubblico, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte. Sono inoltre devolute al giudice ordi-

---

[14] Cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. Un., 24 febbraio 2000 n. 41; Cass., Sez. Un., 18 ottobre 2002 n. 14835; Cass., Sez. Un., Ord. 27 gennaio 2005 n. 1622; Cass., Sez. Un., 6 luglio 2006 n. 15340.

[15] Cfr., ex plurimis, Cass., Sez. Un., Ord. 6 febbraio 2003 n. 1809; Cass., Sez. Un., Ord. 11 dicembre 2003-18 febbraio 2004 n. 3228; Cass., Sez. Un., Ord. 27 gennaio 2005 n. 1622; Cass., Sez. Un., Ord. 10 febbraio 2006 n. 2883; Cass., Sez. Un., Ord. 2 marzo 2006 n. 4591.

[16] Cfr. Cass. 22 settembre 2004 n. 18988.

nario le controversie relative a comportamenti antisindacali della pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 28 dello Statuto dei Lavoratori, e le controversie relative alle procedure di contrattazione collettiva di cui all'art. 40 D.Lgs. n. 165/2001. Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'art. 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi (art. 63 comma 1, 1º periodo; comma 3; comma 4 D.Lgs. n. 165 del 2001).

La norma risultante dal combinato disposto dell'art. 63, commi 1, 3 e 4, D.Lgs. n. 165/2001 attribuisce quasi interamente al giudice ordinario la giurisdizione sulle controversie in materia di pubblico impiego, prevedendo tuttavia una residua giurisdizione del giudice amministrativo che deve essere individuata.

A) Una prima area di residua giurisdizione del giudice amministrativo riguarda le controversie del personale in regime di diritto pubblico. La privatizzazione non ha infatti riguardato i rapporti dei magistrati, degli avvocati e procuratori dello Stato, del personale diplomatico, del personale militare e di polizia, e dei professori e ricercatori universitari, che rimangono in regime di diritto pubblico e sottoposti alle fonti pubblicistiche (art. 3 D.Lgs. n. 165/2001). Trattandosi di rapporti ancora disciplinati da norme pubblicistiche, è stata coerentemente prevista, con riguardo alle relative controversie, la giurisdizione del giudice amministrativo, che è, anzi, esclusiva e comprende anche i diritti patrimoniali connessi.

B) Una seconda area di residua giurisdizione (di legittimità) del giudice amministrativo riguarda le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

1) La legge parla espressamente in primo luogo di *procedure*. La giurisdizione del giudice amministrativo sussiste dunque con riguardo alle controversie che dovessero sorgere dal bando di concorso alla approvazione della graduatoria dei vincitori e degli eventuali idonei, mentre a partire dalla fase immediatamente successiva alla approvazione delle graduatoria (atto di nomina, stipulazione del contratto di lavoro, svolgimento ed estinzione del rapporto) la giurisdizione si trasferisce al giudice ordinario [17].

[17] Cfr. Cass., Sez. Un., 3 febbraio 2004 n. 1989, in *Guida al lavoro*, 2004, n. 11, p. 81: va riconosciuta la giurisdizione (di legittimità) del giudice amministrativo in tutti i casi in cui la controversia investa le singole procedure concorsuali o tenda ad inficiare la graduatoria disconoscendone la legittimità e chiedendone la modifica, mentre va riconosciuta la giurisdizione del giudice ordinario allorquando si agisca sul presupposto della definiti-

2) La legge parla espressamente in secondo luogo di procedure *concorsuali*. Sono dunque escluse dalla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie relative a procedure di assunzione non concorsuali.

Il problema si è posto con riguardo alle procedure di cui all'art. 35, comma 1, lett. *b)*, D.Lgs. n. 165/2001. Questa norma prevede che l'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene con contratto individuale di lavoro mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della legislazione vigente per le qualifiche e i profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo.

Secondo una prima opinione, le procedure di assunzione in esame non avrebbero il carattere della "concorsualità", con conseguente necessità di devolvere le controversie che dovessero sorgere relativamente ad esse al giudice ordinario [18].

Secondo altra opinione, invece, anche queste procedure sarebbero "concorsuali", per modo che dovrebbe affermarsi la giurisdizione del giudice amministrativo [19].

In proposito, senza voler dare una soluzione definitiva del problema, può comunque segnalarsi che la dottrina ha ritenuto che l'art.68, comma 4, D.lgs. n. 165/2001, nel fare riferimento alle procedure *concorsuali*, abbia inteso riferirsi a "qualunque modalità procedimentalizzata di selezione per l'accesso al lavoro, e non soltanto a quelle connotate dal «concorso» (in senso tecnico inteso come valutazione comparativa svolta secondo i peculiari caratteri dell'oggettività e dell'imparzialità)" [20].

Il requisito della "concorsualità" sarebbe dunque presente anche in queste procedure, integrando le stesse comunque una sequenza procedi-

---

vità della graduatoria permanente e allorquando, quindi, senza in alcun modo censurare lo svolgimento del concorso e il relativo atto finale, si faccia valere il diritto alla nomina alla qualifica superiore cui si aspira, specificamente contestando l'utilizzazione che viene fatta della graduatoria permanente alla stregua di circostanze successive all'esaurimento del concorso (e ad esso estranee), denunziate come ostative alla nomina alla qualifica superiore di altri aspiranti nei cui confronti si rivendica una posizione preferenziale.

[18] In tal senso TAR Calabria 26 ottobre 1999 n. 1150, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 270; Trib. Messina 28 giugno 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 263; TAR Sicilia, Catania, 2 giugno 2000 n. 1123, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2000, p. 932.

[19] TAR Abruzzo, Pescara, 26 febbraio 2000 n. 132.

[20] Così PANARIELLO, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1999, p. 1455, il quale aggiunge che "laddove c'è una attività procedimentalizzata di tipo discrezionale, al limite di tipo tecnico, prodromica all'instaurazione del rapporto di lavoro, può parlarsi di potere, rispetto a cui la situazione dell'aspirante dipendente è soltanto di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo".

mentale volta a selezionare gli aspiranti verificandone comparativamente l'attitudine allo svolgimento di certe mansioni [21].

3) La legge parla, infine, di procedure concorsuali *per l'assunzione*. Perché sussista la giurisdizione del giudice amministrativo, la procedura, in altre parole, deve essere strumentale all'assunzione del dipendente. Sono dunque escluse le procedure concorsuali che non tendono all'assunzione, e cioè alla costituzione di un nuovo rapporto di lavoro, ma alla mera modifica di quello esistente.

Il problema si è posto con riguardo ai concorsi interni, in relazione ai quali si è registrato un vero e proprio travaglio, verosimilmente non ancora conclusosi, nella giurisprudenza di legittimità.

In un primo momento la Corte di Cassazione ha affermato che la riserva in via residuale alla giurisdizione amministrativa, contenuta nell'art. 63, comma 4, D.Lgs. n. 165/2001, concerne esclusivamente le procedure concorsuali strumentali alla costituzione (*ab externo* e *ex novo*) del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione, e non riguarda invece i concorsi interni, finalizzati non già ad assumere, ma a promuovere il personale già assunto, i quali non attengono alla costituzione di un nuovo rapporto di lavoro, ma alla mera modifica di quello preesistente. Le controversie attinenti a tali concorsi sarebbero dunque devolute al giudice ordinario [22].

Questo orientamento si è scontrato tuttavia con quello ripetutamente fatto proprio dalla Corte Costituzionale, la quale ha invece più volte dichiarato l'illegittimità costituzionale di norme di legge statale o regionale che prevedevano, non già un concorso pubblico con riserva di posti, ma un concorso interno riservato in via esclusiva o in percentuale particolarmente elevata dei posti messi a concorso ai dipendenti dell'amministrazione, affermando che anche il passaggio dei dipendenti ad una fascia funzionale superiore comporta l'accesso ad un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate ed integra pertanto una nuova assunzione, come tale soggetta alla regola del pubblico concorso enunciata nell'art. 97, 3° comma, Cost., la quale può dirsi pienamente rispettata solo quando le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi [23].

---

[21] Per un esempio di recepimento giurisprudenziale della riferita opinione dottrinale ci si permette di rinviare a Trib. Urbino, Ord. 21 marzo 2003, *ined.*.

[22] Tra le altre, Cass., Sez. Un., 10 dicembre 2001 n. 15602; Cass., Sez. Un., Ord. 27 febbraio 2002 n. 2954; Cass., Sez. Un., Ord. 26 giugno 2002 n. 9334.

[23] Tra le altre, Corte Cost. 9-16 maggio 2002 n. 193, Corte Cost. 9-16 maggio 2002 n. 194; Corte Cost. 10-23 luglio 2002 n. 373.

Al fine di adeguarsi all'orientamento della Corte Costituzionale, la Corte di Cassazione ha dunque mutato giurisprudenza ed ha affermato che va ritenuta la giurisdizione del giudice amministrativo non solo con riferimento alle controversie concernenti procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche con riferimento alle controversie relative alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già in servizio ad una fascia o area superiore [24].

Più recentemente, tuttavia, la Corte di Cassazione ha ulteriormente modificato la sua posizione, giungendo ad un orientamento che può dirsi intermedio tra i due sostenuti in precedenza.

Secondo questo orientamento intermedio, potrebbe parlarsi di nuova assunzione e di costituzione di un nuovo rapporto di lavoro solo nei concorsi interni *extraarea*, ai quali si partecipa per accedere da un'area inferiore ad un'area superiore (es.: concorso dei dipendenti dei Ministeri per transitare dall'area A all'area B o dall'area B all'Area C del relativo CCNL). Le controversie relative a tali concorsi sarebbero dunque devolute alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 63, comma 4, D.Lgs. n. 165/2001. Al contrario, non potrebbe parlarsi di nuova assunzione nei concorsi interni *intraarea*, ai quali si partecipa per accedere da una posizione economica inferiore ad un posizione economica superiore, posta all'interno della medesima area (es.: concorso dei dipendenti inquadrati nell'area C, posizione economica C1, per transitare nella posizione economica C2). Le controversie relative a tali concorsi sarebbero devolute al giudice ordinario, non essendovi tutti i presupposti richiesti dall'art. 63, comma 4, D.Lgs. n. 165/2001 per la loro devoluzione al giudice amministrativo [25].

5. I poteri del giudice del lavoro sugli atti della pubblica amministrazione datrice di lavoro (art. 63, comma 1, 2º periodo, e comma 2, D.Lgs. n. 165/2001).

Se nella cognizione del merito della controversia portata alla sua attenzione, il giudice del lavoro si imbatte in *atti amministrativi presupposti*, li disapplica, se illegittimi, ove siano rilevanti ai fini della decisione. L'eventuale impugnazione dinanzi al giudice amministrativo non è causa di sospensione del processo (art. 63, comma 1, 2º periodo, D.Lgs. n. 165/2001).

---

[24] Cass., Sez. Un., 3 luglio - 15 ottobre 2003 n. 15403, in *Guida al diritto*, 2003, n. 44, p. 37.

[25] Cass., sez. Un., 8 maggio 2006 n. 10419.

Il giudice adotta, nei confronti della pubblica amministrazione, tutti i provvedimenti di accertamento costitutivi e di condanna richiesti dalla natura dei *diritti* tutelati (art. 63, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001).

Come è noto, secondo la regola generale desumibile dagli artt. 4 e 5 legge 20 marzo 1865 n. 2248, All. E, il giudice ordinario non ha il potere di revocare o modificare atti amministrativi, ma solo quello di disapplicarli *incidenter tantum*.

La riforma del pubblico impiego ha diffusamente generato tra gli operatori del diritto l'impressione che questa regola fosse stata derogata proprio nella materia del rapporto di lavoro.

Si è infatti pensato che, affermata la giurisdizione del giudice ordinario, avrebbe dovuto ritenersi ad esso attribuito anche il potere di annullamento degli atti amministrativi.

Al mutamento del giudice non si è accompagnato, in altre parole, il mutamento delle categorie concettuali di riferimento, sicché, specie nei primi anni immediatamente successivi alla riforma, si è assistito – e chi scrive ne ha avuto personale esperienza nello svolgimento delle funzioni di giudice del lavoro – alla formulazione di ricorsi redatti con i medesimi schemi concettuali utilizzati dinanzi al giudice amministrativo, chiedendosi al giudice del lavoro l'annullamento di uno o più atti, per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge.

Questa tendenza, benché del tutto comprensibile in ragione della precedente devoluzione della materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ha tuttavia tratto origine da un errore sulla portata della riforma, in quanto non si è riflettuto sulla circostanza che essa ha determinato non solo, sul piano processuale, il mutamento di giurisdizione, ma anche, come si è visto, sul piano sostanziale, la privatizzazione del rapporto, che deve tendenzialmente essere trattato alla stessa stregua del rapporto di lavoro privato.

In buona sostanza, a parte quanto si sta per dire in ordine agli atti amministrativi presupposti, non si pone il problema del controllo del giudice ordinario sui provvedimenti amministrativi (né si può parlare di norme particolari per il rapporto di lavoro in deroga alle norme generali poste dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo), per la semplice ragione che i provvedimenti amministrativi non ci sono. Gli atti sui quali il giudice svolge il suo sindacato sono atti privi di connotati provvedimentali, del tutto analoghi a quelli posti in essere dall'imprenditore privato.

In tal senso deve essere letta ed interpretata la norma risultante dai commi 1, 2° periodo, e 2 dell'art. 63 D.Lgs. n. 165/2001.

In base a questa norma occorre distinguere tra atti *intermedi* o *pre-*

supposti (i quali, inserendosi nel procedimento di formazione della volontà dell'ente, costituiscono il presupposto dell'atto direttamente lesivo del lavoratore) e atti *finali* (direttamente incidenti sulla posizione lavorativa).

Per quanto concerne i primi (si pensi, per es., ad un provvedimento di variazione della pianta organica che determini un trasferimento di un dipendente, oppure ad un atto di organizzazione che comporti un mutamento di mansioni), non vi è dubbio che essi presentino caratteri autoritativo-discrezionali, e siano pertanto idonei a degradare la posizione soggettiva del privato prestatore di lavoro da diritto soggettivo ad interesse legittimo.

Tali atti, infatti, ove ritenuti illegittimi – per incompetenza relativa, violazione di legge od eccesso di potere – potranno essere impugnati dinanzi al giudice amministrativo (anche se la validità dell'atto presupposto non darà mai luogo ad una questione pregiudiziale amministrativa da decidere con efficacia di giudicato, in quanto la predetta impugnativa non sarà causa di sospensione del processo dinanzi al giudice del lavoro) e potranno essere oggetto di disapplicazione da parte del giudice del lavoro se rilevanti ai fini della decisione della controversia (senza che possa profilarsi un pericolo di contrasto tra giudicato civile e giudicato amministrativo, in quanto la disapplicazione del giudice del lavoro, avendo carattere meramente incidentale, non potrà avere una simile efficacia in ordine alla validità dell'atto).

Con riguardo invece agli atti *finali* che incidano direttamente sulla sfera giuridica del dipendente (ad es. l'atto che ne preveda il trasferimento o il mutamento di mansioni) deve escludersi ogni connotazione autoritativa o discrezionale, in quanto, come dice la norma in esame, il giudice del lavoro può adottare nei confronti dell'ente "tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei *diritti* tutelati".

Da tale fondamentale premessa derivano diverse conseguenze:

a) conseguenza di carattere soggettivo;

in primo luogo, la pubblica amministrazione, nel momento in cui emana atti (finali) che incidono direttamente sul rapporto di lavoro non opera come "pubblica autorità", ma come parte contrattuale di un rapporto fondato su base paritetica, che agisce con i poteri del privato datore di lavoro (art. 4 D.Lgs. n. 165/2001);

b) conseguenza di carattere oggettivo;

in secondo luogo, i predetti atti non sono qualificabili come provvedimenti amministrativi, ma come atti giuridici unilaterali talora negoziali talaltra non negoziali (atti di gestione) che si inseriscono nella dinamica del rapporto contrattuale;

c) conseguenza in ordine alla situazione giuridica soggettiva del privato prestatore di lavoro;

in terzo luogo, allorché dall'esercizio dei poteri della pubblica amministrazione-datrice di lavoro il privato-prestatore lamenti una indebita lesione della sua sfera giuridica, la posizione soggettiva lesa non potrà mai essere qualificata come mero interesse legittimo, ma sempre come diritto soggettivo, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2907 c.c. [26];

d) conseguenza in ordine all'oggetto della giurisdizione;

in quarto luogo, infine, la giurisdizione del giudice del lavoro non incontra il limite di cui all'art. 4 L. 20 marzo 1865 n. 2248 *All. E*, in quanto non si tratta di una giurisdizione sull'atto (eventualmente culminante in una pronuncia caducatoria di un provvedimento amministrativo), ma di una giurisdizione sul rapporto, volta alla tutela dei diritti attraverso pronunce di accertamento, costitutive o di condanna [27].

---

[26] Cfr, sul punto, Cass., Sez. Un., 24 febbraio 2000 n. 41/SU, in *Foro it.*, 2000, I, p. 1483: è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'artr.29 D.leg. 80/98 nella parte in cui, attribuendo al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, escluderebbe la tutela degli interessi legittimi nascenti dal rapporto di pubblico impiego, in quanto, alla luce della normativa in materia, in capo al lavoratore sono configurabili soltanto posizioni di diritto soggettivo e non di interesse legittimo, in riferimento all'art. 103, 1° comma, Cost..

[27] Le considerazioni espresse nel testo trovano conferma in una importante sentenza della Corte Costituzionale, con la quale è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 D.Lgs. n. 387/1998 (modificativo dell'art. 68, comma 1, D.lgs. n. 29/1993, ora art. 63 D.Lgs. n. 165/2001), sollevata in riferimento agli artt. 76 e 77 Cost.. Cfr. Corte Cost. 5-23 luglio 2001 n. 275, in *Guida al diritto*, 2001, n. 33, p. 63: (in motivazione) "il legislatore delegante e quello delegato hanno voluto modellare e fondare tutti i rapporti dei dipendenti dell'amministrazione pubblica (compresi i dirigenti) secondo «il regime di diritto privato del rapporto di lavoro» ... il legislatore ha voluto che, sia pure tenendo conto della specialità del rapporto e delle esigenze del perseguimento degli interessi generali, le posizioni soggettive degli anzidetti dipendenti delle pubbliche amministrazioni, compresi i dirigenti di qualsiasi livello, fossero riportate, quanto alla tutela giudiziaria, nell'ampia categoria dei diritti di cui all'art. 2907 c.c. ... tale tutela è piena, in quanto il giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, è abilitato ad adottare «nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi e di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati», con capacità di produrre anche effetti costitutivi o estintivi del rapporto di lavoro ... né l'esistenza di un atto amministrativo presupposto, nelle controversie relative ai rapporti di impiego dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, può costituire limitazione alla competenza del giudice ordinario, quale giudice del lavoro, potendo questi conoscerlo in via incidentale ai fini della disapplicazione.